

La clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère dans le droit allemand contemporain

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 12 Juillet 1939, à 9 heures

PAR

Jean BRATEL

Licencié ès Lettres

JURY :

Président : M. Marc DESSERTAUX, Professeur.
Suffragants : MM. MARCHAL, Professeur.
GROUBER, Professeur.

BOURG
IMPRIMERIE BERTHOD

1939

**La clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère
dans le droit allemand contemporain**

UNIVERSITE DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

LISTE DES MEMBRES DE LA FACULTÉ

- MM. P. LOUIS-LUCAS, Doyen, Professeur de droit civil.
M. DESSERTAUX, Assesseur, Professeur de droit civil.
R. JAPIOT, Professeur de droit commercial.
A. GUILLOIS, Professeur de droit administratif.
P. HUGUENEY, Professeur de droit criminel.
F. DUMONT, Professeur de droit romain.
G. CHEVRIER, Professeur d'histoire du droit.
A. BLONDEL, Professeur de droit international public.
J. PAOLI, Professeur de droit romain.
G. BURDEAU, Professeur de droit public.
A. MARCHAL, Professeur d'économie politique.
A. GROUBER, Professeur de droit privé.
J. FLOUR, Agrégé de droit privé.
H. GUITTON, Agrégé d'économie politique.
O. WORMSER, Chargé de cours d'économie politique.
P. GIGOUT, Chargé de cours de capacité.

Professeurs et Doyens honoraires :

MM. M. DESLANDRES, M. VIGNES.

Doyen honoraire : M. A. GUILLOIS.

Secrétaire : M. H. VIAN.

La clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère dans le droit allemand contemporain

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 12 Juillet 1939, à 9 heures

PAR

Jean BRATEL

Licencié ès Lettres

JURY :

Président : M. Marc DESSERTAUX, Professeur.

Suffragants : MM. MARCHAL, Professeur.

GROUBER, Professeur.

BOURG
IMPRIMERIE BERTHOD

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

La clause-or et ses succédanés ont pour but de « fixer une monnaie de compte dont la valeur serait indépendante des fluctuations de l'unité monétaire » ¹. Or, cette définition très générale montre que le problème de la clause-or peut se poser en tout pays : il révèle un caractère international. Il peut exister sur le plan interne si la créance que la clause accompagne, reste dans le cadre national; quand il s'agit d'une créance de pays à pays, le problème se place dans le domaine du droit international privé. La question est rendue encore plus complexe par son caractère mixte; d'une part, il s'agit de la monnaie qui constitue une émanation de la souveraineté de l'Etat, d'autre part, la clause est une manifestation de l'autonomie de la volonté des parties qui veulent s'opposer à des altérations de l'unité monétaire. Puisque le droit public de chaque Etat est en cause, une solution internationale n'a pas pu être réalisée en cette matière. Dans les rapports internes, le juge se base uniquement sur le droit positif de son pays. En ce qui concerne les « contrats internationaux », la jurisprudence de chaque Etat, tout en prenant en considérations les principes du droit international privé, refuse souvent l'exécution de la clause-or ou de ses succédanés par suite de l'application de la notion de l'ordre public national.

Après avoir défini les clauses de garantie et indiqué

(1) Jean CHARRAS. La clause « payable en or et ses dérivés devant la doctrine et la jurisprudence actuelles. Thèse, Montpellier, 1928, p. 32.

leur complexité sur le plan du droit, il nous importe d'indiquer les faits économiques qui sont à la base de ces stipulations. La question de la clause-or ou de ses succédanés est intimement liée aux grands problèmes concernant la monnaie, parce qu'il s'agit de conventions qui garantissent une dette d'argent contre l'instabilité de la monnaie nationale. Les fluctuations de l'unité monétaire dépendent essentiellement des grands mouvements de hausse et de baisse. Le cours de la monnaie est un indice très sûr de la santé d'une économie nationale. En période de prospérité, une stabilité monétaire règne; la confiance du public dans la devise nationale est très forte. Les particuliers, par conséquent ne stipulent que rarement des clauses de garantie, excepté le cas où les usages et les besoins du commerce international exigent que les prix des prestations sont libellés dans une devise internationale. Les pouvoirs publics n'interviennent pas pour mettre en doute la validité des clauses, car celles-ci ne menacent pas l'intérêt général en période de prospérité. Le champ d'application de la clause-or ou des clauses analogues se trouve donc relativement limité par le fait que leur utilité n'apparaît que dans les périodes d'instabilité monétaire qui coïncident le plus souvent avec les périodes de hausse des prix. Les contractants, en prenant conscience de la perte de valeur de la monnaie nationale, redoutent sa dépréciation. Ils réagissent, en conséquence, contre ce danger et fuient devant leur monnaie nationale en l'échangeant contre des valeurs plus sûres (or, devises étrangères, marchandises). Cette réaction psychologique se manifeste, en matière de contrats, sous forme de clauses protectrices de valeur. Mais c'est précisément dans les périodes de perturbations monétaires que le législateur proclame le cours forcé afin de restreindre l'appli-

cation de ces stipulations, car la généralisation des différentes clauses de garantie risque de précipiter l'effondrement de la monnaie nationale.

Ces quelques observations tirées du domaine de l'économie politique doivent servir à mieux faire comprendre nos développements ultérieurs se cristallisant essentiellement autour de la question de la validité des clauses de garantie. Comment justifier la validité de la clause-or ou de ses succédanés ? La solution que le droit donne à ce problème dépend généralement de certaines considérations qui tiennent compte de la question de savoir si les clauses ne nuisent pas à la stabilité de la monnaie nationale. La jurisprudence et la doctrine françaises ont abouti aux résultats suivants : Sous le régime du cours légal, il est incontesté que les clauses de garantie sont valables. Mais le problème de la validité est fort discuté quand les clauses sont passées sous le régime du cours forcé. En revanche, il faudrait annuler les clauses lorsqu'elles sont insérées en période de dépréciation monétaire. Nous verrons par la suite comment la pratique allemande a appliqué ces principes que le droit français a dégagés avec beaucoup de netteté.

Il est évident que les solutions que les diverses législations ou jurisprudences nationales ont données au problème des clauses de garantie, sont très différentes les unes des autres. Pourtant, il y a partout un conflit entre l'intérêt particulier du créancier et l'intérêt général du pays dont l'économie nationale et le crédit public sont en cause. Cet antagonisme d'intérêts se révèle dans deux grandes tendances en matière de dettes d'argent : la tendance nominaliste et la tendance métalliste. Le nominalisme monétaire qui trouve, en droit français, sa base légale dans l'article 1895 Code civil, dit que seule la valeur

nominale de la monnaie dégagée de sa valeur intrinsèque doit être considérée comme formant l'objet des obligations d'argent. Ce principe s'appuie sur l'idée exprimée par la maxime du droit romain : *pacta sunt servanda*. Le métallisme monétaire, par contre met l'équité et l'intention des parties au premier plan. Ainsi, les deux principes foncièrement opposés sont les conséquences de conceptions philosophiques de droit différentes; d'une part, l'idée statique du droit représentée dans l'antiquité par le droit romain classique et de nos jours par les législations des pays latins, notamment de la France, d'autre part, l'idée que le droit ne représente qu'un facteur dynamique dans l'évolution des choses humaines, idée qui se trouve surtout dans les législations de caractère essentiellement germanique. C'est pour cette raison que nous retrouverons au cours de nos développements ultérieurs les traces plus ou moins nettes de ces idées primordiales du droit lorsque nous examinerons l'attitude de la jurisprudence allemande à l'égard de la clause-or et de la clause de paiement en monnaie étrangère dans les contrats. Il est vrai que les décisions ne laissent pas toujours, d'une façon claire, apparaître, dans leurs motifs, les principes susénoncés; pourtant, l'idée directrice, mise en lumière, se montrera dans la plupart des cas. Nous ne nous dissimulons pas non plus que la force des événements qui se sont produits depuis la grande guerre de 1914-18 avec les perturbations les plus profondes de presque toutes les monnaies du monde, a pu modifier certaines notions fondamentales de la législation, de la doctrine, et de la jurisprudence dans le domaine monétaire en faveur du principe valoriste. Cette transformation dans le droit des obligations dans les divers Etats montre cependant des modalités bien différentes dont la diversité peut être par-

tiellement expliquée par les faits économiques et monétaires qui se sont déroulés dans les différents Etats.

Aussi notre étude sur l'attitude de la jurisprudence allemande à l'égard de la clause-or et de la clause de paiement en monnaie étrangère prendra-t-elle, dans un avant-propos comme base de nos développements ultérieurs un aperçu sommaire sur l'histoire monétaire de l'Allemagne depuis 1871. La théorie de la clause-or et celle de la clause de paiement en monnaie étrangère en droit allemand feront l'objet de notre première partie. Une seconde partie sera consacrée, en particulier, aux solutions que la jurisprudence allemande a données dans ce domaine à l'époque de l'inflation (1918-1923), après la dévaluation de la livre sterling et du dollar (1931-33) et par suite de la législation allemande sur les devises (depuis 1931).

Au fur et à mesure dans le cadre limité de nos recherches, nous nous efforcerons de donner de brièves indications comparatives.

AVANT-PROPOS

APERÇU SOMMAIRE SUR L'HISTOIRE MONÉTAIRE DE L'ALLEMAGNE DEPUIS LA FONDATION DE L'EMPIRE

Comme nous venons de le dire, nous croyons opportun d'exposer, dans ses grandes lignes, l'histoire monétaire de l'Allemagne depuis 1871, année de la fondation de l'Empire. Nous diviserons cet aperçu en cinq périodes : I. L'époque d'avant-guerre (1871-1914). — II. La guerre de 1914-1918. — III. La période de l'inflation (1918-1923). — IV. La stabilisation du mark et la valorisation des créances (1923-1931). — V. La période caractérisée par le contrôle des changes (depuis 1931).

I. — L'époque d'avant-guerre (1871-1914).

Le nouvel Empire entreprit aussitôt l'unification de la monnaie par la loi du 4 décembre 1871 relative à la frappe de pièces d'or du Reich, appelées « Marks », à savoir de pièces de 10 et 20 marks¹. Les systèmes monétaires des différents Etats faisant partie du Reich ne furent pas abolis; en revanche les nouvelles pièces d'or du Reich furent incorporées, selon une proportion prescrite par la loi, dans les monnaies existantes des pays.

Dans cet état des choses, la monnaie d'or du Reich

(1) R G Bl. 1871, p. 404.

n'était qu'un élément « exogène » des diverses monnaies des pays. L'Empire renonça d'abord à organiser un système général basé sur le mark.

Ce fut seulement la loi monétaire du 9 juillet 1873 qui fit ce pas en prescrivant que la monnaie-or du Reich devait remplacer les monnaies locales ayant cours en Allemagne. Ainsi les différents systèmes monétaires furent abolis quoique la mise en vigueur de la loi nouvelle ne fût prévue que pour le 1^{er} janvier 1876; les gouvernements des Etats allemands furent autorisés à introduire, par décret, dès avant cette date le « Reichsmark », comme unité de compte. Du reste, les éléments de l'ancienne monnaie basée sur le mark, étaient de caractère « endogène ». Comme monnaie d'or circulaient des pièces de 20 et de 10 marks, temporairement aussi de 5 marks, ayant un pouvoir libératoire illimité. Les pièces d'argent de 5, 3, 2, 1 et 1/2 marks d'un pouvoir d'achat à 20 marks, des pièces en nickel (25, 10, 5 pfennigs), des pièces en cuivre (2, 1 pfennigs) d'un pouvoir libératoire limité à 1 mark, constituaient la monnaie de billon du Reich. Les bons du Trésor du Reich jouissaient en outre dans tout le territoire de l'Empire d'un cours obligatoire en vertu du § 5, al. 1^{er} de la loi du 30 avril 1874 dite « Reichskassenscheingesetz »².

Enfin la loi monétaire accorde aux particuliers la « liberté de frappe », c'est-à-dire le droit de porter leurs lingots à l'Hôtel des Monnaies du Reich³. Ainsi c'était le monométallisme or qui constituait le système monétaire de l'Allemagne d'avant-guerre. A cette époque régnait une stabilité quasi-absolue de la valeur intrinsèque du mark, dans lequel la confiance du public était

(2) R G Bl. 1874, p. 40.

(3) § 2, al. 2.

inébranlable. Les pièces d'or et la monnaie de papier furent traitées sur un pied d'égalité. On ne stipulait que rarement des clauses de garantie.

II. — La guerre de 1914-1918.

Dès les débuts de la guerre de 1914, la période de la dépréciation de la monnaie commença aussitôt. Elle fut introduite par la loi du 4 août 1914 qui proclama le cours forcé ⁴. Par conséquent, les billets de la Reichsbank et les bons du Trésor du Reich devinrent inconvertibles, tout en gardant le caractère de monnaie légale. Par la même loi, les banques privées d'émission des Etats de Bavière, Saxe, Wurtemberg et Bade furent autorisées à rembourser les porteurs des billets émis par elles-mêmes en billets de la Reichsbank. Il est vrai que du strict point de vue du droit, l'étalon-or continuait à être le régime monétaire de l'Allemagne ⁵. Mais, de facto, il était abandonné par suite de l'inconvertibilité des billets de banque, d'où il résultait que la formation des prix se faisait sur la base du papier-monnaie. Les pièces d'or du Reich, cependant, ne perdirent pas tout de suite leur qualité de signes monétaires.

L'effet du cours forcé était tel qu'il pouvait faire tomber toutes les clauses de garantie stipulées postérieurement à sa proclamation. Les clauses-or se trouvant dans des contrats d'avant-guerre, tombèrent en vertu d'une ordonnance du Conseil fédéral (Bundesratsverordnung) du 28 septembre 1914 prescrivant dans son paragraphe premier : « Les conventions intervenues antérieurement au 31 juillet 1914 d'après lesquelles un paiement doit être

(4) R G Bl. 1914, pp. 326/347.

(5) V. § 1^{er} de la loi monétaire du 1^{er} juin 1909.

effectué en or cessent jusqu'à nouvel ordre de lier les parties » ⁶.

Une ordonnance du 30 novembre 1914 interdisait, en outre, l'agio sur les monnaies d'or en complétant ainsi la loi du 4 août qui avait établi le cours forcé.

III. — La période de l'inflation (1918-1923).

Les longues années de guerre et la défaite « provoquèrent au lendemain de la guerre une crise monétaire d'un ordre de grandeur sans précédent » ⁷. Le Reich, en tenant compte des difficultés financières, continua à intervenir par des mesures plus ou moins inflationnistes qui étaient en même temps cause et conséquence du plus grand effondrement de la monnaie que l'histoire ait connu.

Parmi les premières mesures prises dans ce domaine, il faut signaler l'ordonnance du 19 décembre 1919 qui remplaça l'ordonnance interdisant l'agio sur l'or et prescrivit la démonétisation des pièces d'or ⁸. Quant aux pièces d'argent qui avaient disparu dès le début de la guerre de la circulation, elles furent retirées et démonétisées en vertu de l'ordonnance du 13 avril 1920 ⁹.

Pour ce qui est des billets émis par la Reichsbank, sauf quelques redressements momentanés, ils se dépréciaient sans cesse davantage par rapport au dollar. En Août 1923, le mark tombe au millionième de sa valeur, en Novembre au trillionième ¹⁰.

(6) R G Bl. 1914, p. 417.

(7) A. DAUPHIN-MEUNIER. La Banque, 1919-1935, p. 100.

(8) R G Bl. 1919, 2126.

(9) R G Bl. 1920, p. 521.

(10) Le 5 novembre 1923, 1 dollar fut coté 4 trillions 200 milliards de marks.

M. A. Dauphin-Meunier donne une description très vivante de la situation monétaire qui régnait en Allemagne dans la seconde moitié de l'année 1923 : « De plus en plus, les Allemands refusent de recevoir le mark-papier en paiement. Propriétaires fonciers, communes, chambres de commerce émettent des jetons, des monnaies de secours (Notgeld). L'Etat d'Oldenbourg crée une monnaie-seigle, le Roggenmark, des municipalités lancent en circulation des marks-charbon, des marks-kilowatts-heure ».

Le système monétaire allemand, malgré les effets de l'inflation, n'avait pas subi une modification de sa base juridique. Après comme avant, l'unité monétaire était restée le mark. Le terme « Papiermark » (mark-papier) qui fut employé surtout pour s'opposer au terme « Goldmark » (mark-or), unité fictive de la monnaie de compte, n'a qu'une signification économique et ne représente qu'une valeur réelle et non une valeur nominale. Le législateur, pour cette raison, a toujours évité ce terme qui n'était jamais admis dans les inscriptions sur le registre foncier.

IV. — La stabilisation du mark et la valorisation des créances (1923-1931).

1° La stabilisation du mark.

L'inflation fut arrêtée par la création du rentenmark en vertu de l'ordonnance du gouvernement du Reich du 15 octobre 1923¹². Cette mesure avait pour objet de mettre fin à la circulation des monnaies de secours et de

(11) Op. cit., p. 102.

(12) R G Bl. 1923, I, 963.

créer la « Rentenbank ». Au sujet de cet institut d'émission, M. Dauphin-Meunier, s'exprime ainsi : « ...entièrement indépendant de l'Etat, il était au capital de 3.200 millions de rentenmarks souscrits moitié par l'industrie et la banque, moitié par les cercles agricoles sous forme de créances hypothécaires frappant toutes les exploitations et portant intérêt à 6 %. Ces créances étaient mobilisées par la création de lettres de rente d'un montant uniforme de 500 marks-or, déposées dans les coffres de la Banque. Ces lettres garantissaient chacune l'émission de 500 billets de 1 rentenmark » ¹³.

Donc, la nouvelle monnaie, comme les assignats émis sous la Révolution française, ne représentait qu'un signe monétaire dont la valeur réelle était basée sur des hypothèques sur la propriété immobilière et garantie par l'économie allemande. Le rentenmark ne signifiait pas, au point de vue juridique, un changement de la législation monétaire parce qu'il ne constituait pas une monnaie légale malgré l'obligation de l'accepter, dont les caisses publiques étaient tenues, en vertu de l'article bien que, selon le § 14, al. 3 de l'ordonnance du 15 octobre 1923. Mais les billets de la Rentenbank furent volontiers acceptés par le public qui les avait considérés comme un remède à la misère monétaire. Le rentenmark avait pour effet la stabilisation du mark-papier sur la base de 4.200 milliards pour un dollar. La confiance revenue, l'Etat ne faisait plus appel à la planche à billets. Le mark déprécié à un trillième de sa valeur primitive, devint un instrument de paiement de valeur stable. On appliqua aux créances stipulées en rentenmarks, en vertu du § 51 de

(13) Op. cit., p. 102.

l'ordonnance du 14 novembre 1923, par voie d'analogie, les prescriptions légales relatives aux dettes d'argent¹⁴.

La création de la Banque d'Escompte-or (Golddiskontbank) par la Reichsbank le 15 mars 1924 avait pour but de faciliter les opérations de crédit avec l'étranger sur une base de stabilité monétaire.

Mais la Rentenbank et la Golddiskontbank ainsi que les nouvelles pièces d'argent du Reich ayant un pouvoir libératoire limité à 20 marks-or, n'étaient que des solutions partielles qui devaient préparer le retour à la monnaie-or.

Une nouvelle époque dans l'histoire monétaire allemande commença avec les accords de Londres. Le 11 octobre 1924, une réforme de la monnaie a été réalisée en Allemagne par suite de plusieurs lois, toutes promulguées le 30 août 1924. Ce sont : la loi monétaire (Reichsmünzgesetz)¹⁵, la loi sur la Reichsbank (Reichsbankgesetz)¹⁶, la loi sur les Instituts d'émission privés des pays (Reichs-Privatbanknotengesetz)¹⁷, et enfin la loi sur la liquidation des billets émis par la Rentenbank se trouvant en circulation (Reichsgesetz über die Liquidierung des Umlaufs au Rentenbankscheinen)¹⁸.

Ces lois ont créé une nouvelle monnaie basée sur l'unité idéale du « Reichsmark » à 100 « Reichspfennig ». La monnaie légale dotée d'un pouvoir libératoire illimité est constituée par des pièces d'or dont la loi monétaire prévoit la fabrication. Le pouvoir libératoire des pièces d'argent est limité à 20 reichsmarks, celui des reichspfennigs à 5 reichsmarks. En outre, appartiennent

(14) R G Bl. 1923, 1092.

(15) R G Bl. 1924, II, 254.

(16) R G Bl. 1924, II, 235.

(17) R G Bl. 1924, II, 246.

(18) R G Bl. 1924, II, 252.

à la monnaie légale les billets de la Reichsbank; celle-ci est obligée, en vertu du § 31 de la nouvelle loi sur la Reichsbank, de rembourser ses billets au porteur et à vue en or (pièces d'or ou lingots) ou en devises étrangères. Mais temporairement la mise en vigueur de cette prescription est ajournée. Par conséquent, la nouvelle monnaie allemande est une monnaie de papier bien que la loi monétaire du 30 août 1924 ait textuellement repris la formule de la loi monétaire du 4 décembre 1871 : « dans le Reich allemand a cours la monnaie-or »¹⁹. Le remboursement devrait se faire, selon le § 31, sur la base de l'ancienne parité légale 1 kg or fin = 2.790 reichsmarks.

Il est cependant à signaler que les prescriptions relatives à la couverture des billets ont été mises en vigueur immédiatement avec la promulgation de la loi sur la Reichsbank du 30 août 1924; la couverture des billets en circulation doit être au minimum de 40 % et consister en or ou en certaines devises étrangères²⁰, seulement des circonstances particulières peuvent justifier une couverture de moins de 40 %²¹.

2° *La valorisation des créances (1925).*

« Le bon sens, l'équité, le respect de l'intention des parties et du but du contrat, la morale elle-même, exigent impérieusement une valorisation des créances » dit avec conviction M. Hubrecht, en se posant la question de savoir s'il faut revaloriser les créances après une stabilisation légale.

Ce problème délicat s'est posé en Allemagne précisé-

(19) § 1^{er}.

(20) BankG. § 21, I Ziff. 2, 28 litt. a.

(21) BankG. § 29.

ment après la stabilisation du mark dans les années 1923 et 1924. Le temps était venu où il fallait définitivement régler la question de l'effet de la dépréciation de la monnaie sur les créances de droit privé et de droit public. Bien qu'il y eût depuis longtemps des projets de principe à ce sujet, la législation ne s'était occupée que de questions partielles. Des lois spéciales réglèrent la valorisation de certaines créances, ainsi, en matière de bail ²² et de loyer ²³, et également pour le « contrat de réserves » ²⁴.

Ensuite, après que la jurisprudence allemande avait admis le principe de la valorisation en vertu de la bonafides (Treu und Glauben, art. 242 B G B), le gouvernement du Reich, dans la 3^e ordonnance fiscale du 14 février 1924 (3. Steuernotverordnung), prescrivit la valorisation de certaines catégories de créances de droit privé portant sur des sommes d'argent tout en la limitant à 15 % de leur valeur-or. Par cette mesure, en revanche, le législateur avait laissé de côté le problème de la valorisation des emprunts de l'Etat et des collectivités publiques.

La 3^e ordonnance fiscale n'avait qu'un caractère provisoire. Le Reichstag fut saisi de la question de la valorisation qui fut âprement discutée. Il y avait deux tendances opposées au Parlement : d'une part, les adhérents du principe de la valorisation individuelle dont le député Best, conseiller à la Cour d'appel de Darmstadt (Hesse), était l'inspirateur ²⁵, d'autre part, les partisans de la thèse de la valorisation générale. Le gouvernement proposa un

(22) Pachtschutzordnung du 12 juillet 1927.

(23) Reichsmietengesetz du 24 mars 1923.

(24) Altenteilvertrag, loi d'Empire du 13 août 1923.

(25) M. BEST avait fondé, postérieurement à la loi sur la valorisation, le « parti de valorisation » (Aufwertungspartei) qui réunissait aux élections législatives du 20 mai 1928 environ un demi million de voix.

projet de compromis entre les deux tendances qui, après maintes modifications prit une forme définitive dans deux lois votées les 15 et 16 juillet 1925 concernant la valorisation des créances privées²⁶ et la conversion des emprunts publics²⁷. En raison de l'importance extraordinaire de cette loi, nous essayerons de l'analyser sommairement.

A. La loi sur la valorisation des créances privées distingue *deux catégories de créances* : les créances dont la valorisation a été réglée définitivement par la loi et les créances soumises aux prescriptions du droit commun.

a) D'abord les *créances dont la valorisation a été réglée définitivement par la loi*.

α) Ce sont notamment toutes les hypothèques, terrestres, maritimes, ferroviaires, les dettes et rentes foncières, les charges réelles nées avant le 14 février 1924 et libellées en monnaie allemande qui bénéficient d'une valorisation à concurrence de 25 % de la valeur qu'elles ont eue au jour de leur naissance.

Le principe de la valorisation des hypothèques à 25 % subit, cependant, deux exceptions prévues par la loi :

1) En vertu des §§ 8 et 9, le propriétaire a le droit de demander avant le 1^{er} août 1926 une diminution de la créance à valoriser jusqu'à 15 % de sa valeur-or si cette mesure est nécessaire pour des raisons d'équité eu égard à la situation financière du débiteur.

2) En revanche, le vendeur d'immeubles ayant transféré la propriété, mais qui n'a pas été payé du prix peut demander, devant les tribunaux, la valorisation de sa créance personnelle jusqu'à 75 % ou même 100 % de la

(26) Loi du 15 juillet 1925, « Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Privatansprüchen », R G Bl. 1925, I, p. 117.

(27) R G Bl. 1925, I, p. 137.

valeur de base, si la créance est née entre le 1^{er} janvier 1909 et le 1^{er} janvier 1922, même plus de 100 % pour celles postérieures au 1^{er} janvier 1922.

β) Les obligations industrielles au porteur ou à ordre, les « cédulas hypothécaires » (Pfandbriefe) ou autres obligations analogues sont, en principe, valorisées à 15 % de leur valeur-or à l'époque de leur émission ²⁸.

γ) La valorisation des avoirs en caisse d'épargne doit se faire de manière que tout actif valorisé de la Caisse d'épargne (masse à partager, Teilungsmasse) soit partagé entre les créanciers par un « Treuhänder » (fiduciaire, trustee). Elle doit atteindre au minimum 12 1/2 % de la valeur-or de chaque avoir ²⁹.

δ) Le § 59 de la loi du 16 juillet prescrit enfin la valorisation de certaines créances en matière d'assurances au profit des assurés.

6) La valorisation de toutes les *autres créances* que les lois du 15 et 16 juillet 1925 n'ont pas réglées, est soumise aux prescriptions du droit commun c'est-à-dire au principe de l'équité (Treu und Glauben) ³⁰.

Il existe, cependant, les *exceptions suivantes* :

α) Les placements de fonds (Vermögensanlagen), à savoir les fonds employés à des fins productives (par exemple des prêts à intérêt) ne peuvent être valorisés à un taux supérieur à 25 % de la valeur-or ³¹; mais, en vertu de la loi, ne sont pas réputées fonds placés certaines créances, comme les créances nées d'un contrat bilatéral ou d'une obligation alimentaire, etc. ³².

(28) § 33, Aufw. G.

(29) §§ 55-58, Aufw. G.

(30) § 62, Aufw. G.

(31) § 63, al. 1^{er} Aufw. G.

(32) § 63, al. 2, Aufw. G.

β) Les créances résultant des actifs de comptes courants ou de comptes de dépôt sont exclues de la valorisation excepté l'hypothèse où la créance ne constituerait pas un déplacement de fonds³³.

B) Après avoir énuméré les créances susceptibles de valorisation et les divers taux applicables, nous allons examiner le caractère de la loi de valorisation. La loi du 15 juillet 1925 n'est pas impérative, elle ne trouve application qu'à défaut de convention des parties. En vertu du § 67 Aufw G., le taux de valorisation prévu par la loi peut être contractuellement majoré, abaissé ou même réduit à zéro. Les valorisations conventionnelles passées antérieurement à la loi du 15 juillet 1925 entre le débiteur et le créancier sont valables, excepté celles qui ont été conclues entre le 15 juin 1922 et le 14 février 1924 (jour de la promulgation de la 3^e ordonnance fiscale).

3° La loi du 16 juillet 1925 sur la *conversion des emprunts publics* a un caractère tout à fait différent de celui des textes relatifs à la valorisation des créances privées, car cet acte législatif constitue plutôt, comme M. Hubrecht le dit, un acte de souveraineté que la reconnaissance d'un droit à la valorisation³⁴.

Le taux de conversion a été fixé, en principe, à 2 ½ % de la valeur-or d'origine pour tous les emprunts émis par le Reich, les Etats allemands et les collectivités publiques (provinces, communes).

Les porteurs anciens ordinaires et les porteurs anciens nécessaires profitent d'un taux plus élevé de conversion s'ils satisfont à certaines conditions énumérées par la loi.

(33) §§ 65 et 66 Aufw. G.

(34) Op. cit., p. 441.

**V. — La période caractérisée par le contrôle des changes
(depuis 1931).**

Déjà pendant la guerre de 1914 à 1918, l'Allemagne, comme la plupart des autres pays belligérants, avait organisé le contrôle des changes. Les ordonnances du 28 janvier 1916 et du 9 février 1917 avaient institué une centrale des devises et une série de mesures prohibitives relatives au trafic des devises et à l'exportation des capitaux. Après la stabilisation du mark, les ordonnances du 8 novembre 1924 et du 22 février 1927 ont abrogé les nombreux textes édictés en matière de devises étrangères pendant la guerre et la période d'inflation.

Quelques années plus tard, la grande crise économique sévit très sérieusement en Allemagne depuis le début de l'année 1930. Beaucoup de grandes entreprises sont en difficultés. La confiance du public est ébranlée. Le krach de la Credit-Anstalt de Vienne du 13 mai 1931 aggrave le malaise de l'économie allemande. Le 12 juillet la Darmstädter und Nationalbank, une des grandes banques allemandes, est obligée de fermer ses guichets. Une ruée se se produisit alors sur toutes les autres banques. Pour parer au danger d'une faillite générale, le gouvernement du Reich proclama le moratoire de toutes les dettes nationales et étrangères, la fermeture des banques pendant deux jours (14 et 15 juillet), et celle des bourses de valeur. En outre, il institua, par une ordonnance du 15 juillet 1931, le contrôle des changes.

« Par les ordonnances du 15 et 18 juillet 1931, observe M. A. Dauphin-Meunier, le gouvernement prescrivit la centralisation de toutes les opérations de change auprès de la Reichsbank, la remise à cette dernière des instru-

ments de paiements étrangers et des créances exprimées en monnaie étrangère. Les transactions à terme étaient interdites » ³⁵.

En réunissant ces textes primitifs dans une ordonnance d'envergure plus vaste du 1^{er} août 1931, le gouvernement du Reich se créa les moyens nécessaires pour maintenir le reichsmark à sa parité-or. Atteindre ce but, c'était lutter contre la fuite des capitaux, faire rentrer les fonds provenant d'exportations de marchandises allemandes et ordonner aux créanciers allemands de soumettre l'apurement de leurs créances à l'Office des devises créé par le Reich. La Reichsbank joue un rôle centralisateur dans le domaine des opérations de changes. Les particuliers s'adressent à elle, par l'intermédiaire des banques privées, pour obtenir les devises dont ils ont besoin pour leurs opérations, à condition que l'économie allemande en tire un profit.

L'avènement du national-socialisme au pouvoir en 1933 devait avoir comme effet un renforcement du contrôle des changes, notamment en ce qui concerne les mesures dirigées contre l'émigration des capitaux. Un grand nombre de décrets rectificatifs et d'exécution (*Abänderungen, Durchführungsverordnungen*) furent rendus. La loi sur les changes (*Gesetz über die Devisenbewirtschaftung*) du 4 février 1935 ³⁶ constitue une unification des nombreux décrets rendus depuis 1931 et dont l'application était devenue difficile. La réglementation des importations fut rendue encore plus sévère. Les lettres de changes, billets de banque et pièces d'or étrangères appartenant à des personnes de nationalité allemande durent être mis à la disposition de la Reichsbank. Depuis

(35) *Op. cit.*, p. 230.

(36) *R G Bl.* 1935, I, p. 106 et 1936, I, 1021.

le 4 décembre 1935, toute importation de billets de banque allemands en Allemagne est interdite, sauf certaines exceptions déterminées.

Le contrôle des changes était de grave conséquence, notamment pour les créanciers étrangers dont les créances furent « gelées » par la législation restrictive sur les devises. A partir du mois de Septembre 1931, l'Allemagne conclut avec les représentants des créanciers étrangers, des accords dits « Standstill » qui prorogeaient, sous certaines conditions, d'année en année l'échéance des emprunts à court terme³⁷.

Une conséquence des accords de prorogation fut la création de diverses variétés de marks « qui, comme le déclare M. A. Dauphin-Meunier, se négocient à des cours plus ou moins éloignés de leur parité et qui ne peuvent servir qu'en certaines circonstances »³⁸. Nous nous bornons ici à les énumérer simplement : ce sont les comptes en reichsmarks libres, les Altguthaben et Auswandererguthaben, les Effektensperrmark et les Notensperrmark, les Registermark, les Konversionssperrmark.

Toutes les mesures que nous venons d'exposer, ont contribué à maintenir la stabilité du reichsmark à l'intérieur du Reich. En revanche, la monnaie allemande a perdu sa qualité de devise internationale.

(37) Le mécanisme technique des accords dit « standstill » est le suivant : une partie des crédits, au lieu d'être remboursés à l'échéance, doivent être convertis en placements bloqués en Allemagne. Il fut, par exemple, convenu que les porteurs étrangers de coupons arriérés ou de titres amortis allemands s'engagent à remployer les arrérages en achetant de nouvelles valeurs allemandes. Une convention de 1932 autorisait même des remboursements annuels en reichsmarks dans une proportion de 30 à 50 %, à condition que les créanciers étrangers les réinvestissent en Allemagne pour une durée de cinq ans.

En résumé, les sommes remboursées en reichsmark destinées à désintéresser les créanciers étrangers, demeurent « bloqués » en Allemagne. La pratique et le légiste allemands parlent dans ce cas de créances remboursables en « Registermark » (marks bloqués).

(38) Op. cit., p. 233.

Tout récemment, une loi publiée dans le Bulletin des lois du Reich du 30 août 1938 a prescrit la transformation en contrats basés sur le reichsmarks des contrats d'assurance conclus en monnaies étrangères entre des personnes considérées comme ayant leur domicile dans le Reich et des compagnies d'assurances. La loi s'applique aux compagnies allemandes et aux succursales allemandes des compagnies étrangères. La loi n'est pas applicable au territoire de l'ancienne Autriche³⁹.

Suivant un nouveau décret du ministre de l'Economie du Reich, l'autorisation ne sera plus donnée, en principe, aux Allemands d'acquiescer directement d'étrangers des emprunts allemands émis à l'étranger et de verser la contre-valeur à un compte bloqué intérieur du vendeur étranger. L'autorisation doit même être refusée dans le cas où le vendeur étranger s'engage à placer à long terme en Allemagne l'avoir bloqué.

(39) Cf. « Agence Economique et Financière » du 1^{er} septembre 1938.

(40) Ibid. du 8 mai 1939.

PREMIERE PARTIE

LA THEORIE DE LA CLAUSE-OR ET DE LA CLAUSE DE PAIEMENT EN MONNAIE ETRANGERE EN DROIT ALLEMAND THEORIQUE

Il est évident que les études sur la clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère pour un droit étranger déterminé ne diffèrent pas profondément de celles qui ont été faites dans le cadre du droit français. Le problème de la validité des clauses de garantie se pose presque partout dans le monde de la même façon, car il s'agit d'une question de la théorie du paiement en numéraire relevant à la fois du droit privé et du droit public.

Après avoir indiqué ainsi la place des clauses de garantie dans le système juridique, nous pouvons entreprendre d'étudier la clause-or et ses succédanés en droit allemand théorique tout en traçant, dans ses grandes lignes, la théorie française en cette matière. Nous procéderons à cette étude en traitant successivement les différents types de clauses. En conséquence, le chapitre 1^{er} sera consacré à la clause-or (clause espèces-or et clause valeur-or); le chapitre II aura pour objet la clause de paiement en monnaie étrangère.

CHAPITRE PREMIER

LA CLAUSE-OR

Le caractère nominaliste de l'obligation de payer une somme d'argent est la raison pour laquelle le créancier se protège contre les variations de la valeur de la monnaie. Le type classique des clauses de garantie est la clause-or. « Par clause-or, on entend un accord contractuel, par lequel le débiteur de sommes d'argent s'engage à payer des pièces d'or ou une somme correspondante à la valeur d'une quantité d'or déterminée » ¹. Cette définition du célèbre spécialiste des questions monétaires, M. Arthur Nussbaum, laisse facilement reconnaître la double structure de la clause-or : la clause espèces-or et la clause valeur-or. Nous étudierons, par conséquent, dans une première section, la clause espèces-or et dans une seconde section la clause valeur-or.

SECTION PREMIÈRE.

LA CLAUSE ESPÈCES-OR.

La clause espèces-or (ou clause monnaie-or) est la clause de garantie la plus ancienne remontant au moyen-âge. Elle était jusqu'aux phénomènes inflationnistes qui ont suivi la grande guerre, la clause la plus usitée. Comme

(1) A. NUSSBAUM. La clause-or dans les contrats internationaux. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1933, p. 559.

son nom l'indique, la clause espèces-or stipule que le paiement se fait en pièces d'or. — Nous allons examiner dans un premier paragraphe la nature juridique de la clause, dans un second paragraphe sa licéité et son efficacité.

§ 1. — *La nature juridique de la clause espèces-or.*

Au point de vue du droit civil, la clause espèces-or donne naissance à une dette ayant pour objet un paiement dans des espèces-or déterminées. Il s'agit donc d'une obligation dont l'objet n'est pas de la monnaie tout simplement, mais des types de monnaie dans le cadre d'une législation monétaire déterminée. La terminologie juridique allemande parle ici d'une « qualifizizierte Geldschuld » (dette qualifiée portant sur un paiement en numéraire).

Dans une décision célèbre que nous analyserons ultérieurement, le Reichsgericht prétend que la clause espèces-or ne touche pas au montant nominal de la créance². Le Tribunal Suprême croit trouver la caractéristique de la clause espèces-or dans le fait que, s'il se produit une frappe d'espèces-or nouvelles, le débiteur se trouve obligé de s'acquitter avec des pièces de la frappe la plus récente. Donc, le Reichsgericht met sur un pied d'égalité la valeur de la monnaie et la valeur de la pièce d'or, opinion qui pouvait se justifier à l'époque où la décision fut prononcée (en 1902). Comme M. Ulrich³, dans sa thèse sur la clause-or le remarque à juste titre, le Reichsgericht méconnaît le caractère de la clause espèces-or qui consiste essentiellement dans la garantie de valeur qu'elle donne au

(2) R G Z. 50, p. 148.

(3) ULRICH, GOLDKLAUSEL. Thèse, Zurich, 1933, p. 23.

créancier C'est en cas de disparité de valeur entre la monnaie-or et la monnaie-papier, il va sans dire, que le caractère de garantie de la clause espèces-or se montre nettement.

§ 2. — *La licéité et l'efficacité de la clause espèces-or.*

L'histoire de la clause-or en Allemagne nous enseigne qu'une des conséquences de l'agitation bimétalliste au XIX^e siècle était l'insertion de la clause espèces-or dans les contrats de longue durée, notamment en matière de prêts hypothécaires. Dans ce domaine, le problème primordial était de savoir si la clause monnaie-or pouvait être inscrite sur le registre foncier. Pour résoudre cette question, il fallait tout d'abord trancher la question préalable de la validité d'une clause espèces-or.

Nous allons examiner celle-ci sous deux aspects : d'abord en temps normal (I), ensuite sous le régime du cours forcé (II).

I. — *En temps normal.*

Le problème de la validité de la clause-or ne s'est guère posé en Allemagne à l'époque d'avant-guerre, la clause n'étant efficace qu'en cas de disparité entre la monnaie-or et la monnaie-papier. A défaut de textes en droit allemand les interdisant, les clauses-or sont certainement valables et exécutoires en vertu du principe de la liberté des conventions. Dès l'introduction du Code civil allemand (le 1^{er} janvier 1900), la validité de la clause espèces-or n'est plus contestée. Elle ressort de la loi elle-même. La prescription de l'article 245 B G B. dit : « Si une dette d'argent doit être payée en une monnaie déterminée qui n'a plus cours au temps du paiement,

celui-ci doit être presté comme si cette monnaie n'avait pas été fixée. » A l'appui de cette prescription nous pouvons encore citer l'article 37 de la loi allemande sur le change⁴ conçu dans les termes suivants : « Lorsque le montant d'un effet est libellé en une monnaie qui n'a pas cours au lieu du paiement ou n'est qu'une monnaie de compte, il peut être payé en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que le tireur n'ait expressément stipulé le règlement en une monnaie déterminée, par l'emploi du mot effectif ou d'une formule analogue ». La possibilité de stipuler une clause-or est laissée aux contractants également par le texte de l'article 361 du Code de commerce allemand prescrivant : « Les mesures, le poids, la monnaie de compte, le calcul du temps et des distances en usage au lieu de l'exécution de la convention sont, dans le doute, réputés agréés par les parties ».

Par conséquent, il est compréhensible que malgré le grand nombre de décisions de la jurisprudence allemande sur la clause-or, il n'y ait que peu de développements sur la validité d'une telle stipulation.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la clause-or a trouvé son domaine d'application notamment en matière de prêts hypothécaires. D'après les articles 1113 et 1115 B G B., la règle que les hypothèques doivent contenir l'énoncé d'un montant déterminé en monnaie allemande est établie comme un principe⁵. Cette règle est encore complétée par le § 28 de la loi sur le registre foncier (Grundbuchordnung) qui prescrit que les montants à inscrire sont à indiquer dans la monnaie du Reich. On pourrait croire, en vertu de ces dispositions légales, que la clause-or n'est pas susceptible d'être inscrite sur le livre

(4) Wechselordnung (W. O.) du 5 juin 1869.

(5) NUSSBAUM. Op. cit., p. 637.

foncier, car, manifestement, la valeur future n'est pas encore fixée à l'époque de l'inscription; en conséquence, il y aurait, par l'inscription de la clause-or, violation du principe de la spécialité. Néanmoins, le Reichsgericht, dans une décision de principe du 22 janvier 1902⁶, a admis la solution contraire en déclarant valable l'inscription d'une clause espèces-or. M. Nussbaum critique cette décision qu'il considère comme erronée, puisque la clause espèces-or, selon le Tribunal suprême, ne touche pas au montant de la créance⁷. Il prétend que le Reichsgericht a méconnu le vrai sens de la clause à l'aide de laquelle les créanciers veulent se protéger contre chaque dépréciation de la monnaie⁸. D'après l'auteur précité, l'inscription de la clause-or en matière de prêts hypothécaires sur le registre foncier est nulle parce qu'elle est contraire à un principe fondamental du droit immobilier (en ce sens : Planck, Güthe-TriebeI et d'autres). Il est intéressant de noter que la question de savoir si les hypothèques-or (ou les hypothèques en monnaie-étrangère) sont susceptibles d'être inscrites sur les registres publics, a été discutée dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 21 février 1925⁹.

(6) R G Z. 50, p. 148.

(7) NUSSBAUM, *Das Geld*, Tübingen, 1925, pp. 180-182.

(8) Cf. ULRICH, Voir *supra*, p. 29.

(9) *Journal de Droit international*, 1925, pp. 745-748. Teneur de l'arrêt : « Bien que dans un contrat de prêt hypothécaire conclu par un emprunteur français auprès d'une Banque suisse, il ait été stipulé que tous versements quelconques devront être effectués en francs suisses au siège social de la Société en Suisse, cette Banque ne peut se prévaloir de cette disposition dans un ordre ouvert en France, à l'encontre des autres créanciers, si l'inscription a évalué sa créance en francs français, les inscriptions hypothécaires en effet ne garantissent, au regard des tiers, les créances pour sûreté desquelles elles sont prises que dans la mesure où celles-ci y figurent. Cette Banque ne peut être colloquée que pour le montant de sa créance évaluée en francs français (2^e espèce).

II. — *Sous le régime du cours forcé du billet de banque.*

1° Comme nous venons de l'exposer, la clause de paiement en or est valable et exécutoire sous le régime du cours légal. Mais le reste-t-elle aussi sous le régime du cours forcé ? Avant d'étudier cette question d'une importance capitale pour les intérêts de l'Etat et des particuliers, nous essayons d'abord de donner une *définition du cours forcé*.

Le cours forcé est une mesure du législateur en vertu de laquelle les billets de banque deviennent inconvertibles tout en gardant le caractère de monnaie légale. Cela signifie que la banque d'émission d'un pays est disposé de rembourser ses billets en monnaie métallique. En revanche, les vendeurs et les créanciers sont obligés d'accepter les billets de banque en paiement sur le pied d'un certain cours fixé par la loi.

2° En ce qui concerne *l'effet du cours forcé* sur la validité de la clause espèces-or stipulée par les parties contractantes, nous commencerons nos développements par quelques considérations doctrinales. Le problème a été particulièrement étudié en France et ce sont les auteurs français qui y ont apporté de la clarté. La doctrine se partage en trois opinions.

Selon la première opinion représentée par la majorité des auteurs¹⁰, les particuliers peuvent écarter les effets de la loi de cours forcé par une convention expresse; en conséquence, les stipulations de cette clause faites avant ladite loi resteront valables¹¹. Notamment M. le Doyen Gény, dans deux dissertations magistrales, a vigoureusement soutenu la pleine validité juridique « des conven-

(10) Cf. SCHKAFF. La dépréciation monétaire. Ses effets en droit privé. Thèse, Paris, 1925, p. 163.

(11) D. 1873.I.177, Cass. 11 février 1873, note BOISTEL.

tions qui, en face d'un système monétaire gravement compromis et constamment déséquilibré par les variations du pouvoir d'achat de cette monnaie fiduciaire devenue la monnaie courante, visent à assurer une certaine stabilité aux opérations du commerce privé, en prévoyant, pour leur règlement, une monnaie de compte, qui échappât le plus possible aux fluctuations du change et des prix et garantit aux affaires cette stabilité moyenne, que postule leur développement normal » ¹².

La seconde thèse a été exposée notamment par LABBÉ dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1873 ¹³. Il dit ici : « ...Convenir qu'un paiement se fera en or ou en argent, c'est faire une convention valable en ce sens que si le paiement s'effectue en billets de banque, la somme devra être augmentée d'après la différence des cours, de telle sorte que le créancier puisse se procurer de la monnaie d'or ou d'argent ».

Sans vouloir entrer dans les critiques que la théorie de Labbé a suscitées, nous passons à la troisième opinion qui déclare que les conventions contraires au cours forcé sont nulles, ce dernier étant d'ordre public. « Du cours forcé il résulte que le débiteur peut forcer le créancier à accepter des billets de banque en paiement, et cela malgré toute clause contraire excluant formellement ce mode ou stipulant le paiement en or » ¹⁴.

Toutes ces théories ont été élaborées par la doctrine, parce que les lois ayant institué le cours forcé en France

(12) GÉNY (F.). Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie. Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 5-6.

GÉNY (F.). La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé. Rev. trim. de droit civil, 1926 pp. 557-636.

(13) S. 1873.I.91.

(14) WAHL. Le droit civil et commercial de la guerre, t. II, p. 74. Paris 1918. Dans le même sens DEMOGUE, AUBRY et RAU, PLANIOL, LYON-CAEN, M. JÈZE (Cf. SCHKAFF, thèse, p. 169).

du 12 août 1870 (art. 2) et du 5 août 1914 (art. 3) ne contiennent aucune disposition relative aux clauses de garantie. Mais la jurisprudence française, dans une pratique constante remontant à l'année 1871, a annulé les clauses-or sous le régime du cours forcé.

3° Tout autre était l'état des choses en *Allemagne*. Dès le début de la guerre, le cours forcé fut proclamé par la loi du 4 août 1914¹⁵. Tandis qu'en France aucun texte nouveau¹⁶ ne précisa les effets du cours forcé, une ordonnance du Conseil fédéral (*Bundesratsverordnung*) du 28 septembre 1914¹⁷ prescrivit dans son paragraphe 1^{er} : « Les conventions intervenues antérieurement au 31 juillet 1914 d'après lesquelles un paiement doit être effectué en or cessent jusqu'à nouvel ordre de lier les parties ». L'interdiction de l'agio sur les monnaies d'or ne tardait pas à suivre (le 23 novembre 1914, *R G B L.*, p. 481). Par conséquent, les clauses-or passées avant le 31 juillet 1914 furent annulées. En revanche, les stipulations de paiement en or contractées postérieurement au 31 juillet 1914, quoique valables en elles-mêmes, étaient privées d'efficacité par suite du cours forcé.

M. Schkaff commente ces mesures dans des termes très concis que nous allons reproduire : « La clause-or tombait pour les contrats d'avant-guerre : pour les contrats nouveaux, elle était paralysée par l'effet du cours forcé. C'était la fiction : « *Mark gleich Mark* », un mark-papier égale un mark-or. Elle devait durer jusqu'à ce que la chute du mark-papier prît des proportions fantastiques »¹⁸.

(15) *R G B L.* 1914, p. 326 et p. 347.

(16) V. cependant le texte très concis de l'art. 3 de la loi du 5 août 1914.

(17) *R G B L.* 1914, p. 417.

(18) Thèse, pp. 186-187.

4° *La législation spéciale sur la clause-or poursuit deux buts* : la protection du débiteur et la protection de la monnaie. En conséquence, les lois concernant la clause-or sont d'ordre public et de droit strict. Les particuliers ne peuvent stipuler des dérogations contraires au but d'une telle loi. Même une convention, dans laquelle le créancier ferait renoncer son débiteur à toutes les exceptions éventuelles pouvant résulter d'une législation future sur la clause-or, serait nulle.

5° En raison du caractère complexe de la législation sur la clause-or (protection du débiteur et protection de la monnaie), deux opinions, sur le plan du droit international privé; se sont formées : la première prétend que les lois contre les clauses de paiement en or appartiennent à la législation monétaire, donc au droit public, la seconde, par contre les considère comme des règles relatives au droit des obligations.

M. Nussbaum est partisan de la dernière thèse et réfute l'autre, avec raison, nous semble-t-il. Il dit qu'en stipulant la clause, le créancier veut se rendre indépendant des fluctuations de la monnaie. En conséquence, la législation sur la clause-or ne peut être appliquée qu'au cas où, d'après les principes du droit international privé, l'obligation est régie par la règle de droit de l'Etat qui a légiféré contre la clause-or. On objectera peut-être à cette thèse que les lois contre la clause-or, qui du point de vue du droit international privé doivent être considérées comme étant du droit privé, appartiennent tout de même aux mesures de protection prises en faveur de la monnaie nationale. Nous y répondons, en suivant M. Nussbaum ²⁰, qu'il manque pourtant le rapport direct avec la

(19) « Geld », p. 177-178.

(20) « Geld », p. 95.

monnaie, car ces lois n'ont rien de commun avec le cours forcé, le pouvoir libératoire et un changement de la monnaie. Nous croyons, par conséquent, que sur le plan du droit international privé l'efficacité de la clause-or doit être jugée d'après le droit qui régit l'obligation.

Donc, si le législateur au droit duquel est soumis l'obligation portant une clause-or, a déclaré nulle la clause, l'efficacité de celle-ci tombe. Le Reichsgericht étend l'application de l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 à une dette payable en or régie par le droit allemand, mais ayant comme lieu du paiement Zurich²¹.

Le droit du lieu du paiement, cependant, peut modifier les modalités de l'obligation sans modifier la substance du droit du créancier, notamment par suite de l'invalidation de la clause-or. La Cour de Justice Internationale de la Haye s'est prononcée en ce sens dans les affaires célèbres des emprunts serbes et brésiliens²². Les gouvernements de ces deux Etats débiteurs défendaient la thèse que lesdits emprunts étaient soumis au droit français et que la clause-or stipulée était, par conséquent, nulle. La Cour, cependant, n'entra pas dans cette manière de voir et trancha la question en ce sens que le contenu de l'obligation serait soumis respectivement aux droits serbe et brésilien.

Les principes du droit international privé que nous venons d'exposer subissent une dérogation dans l'hypothèse où l'application d'une loi étrangère relative à la clause-or serait contraire aux nécessités de l'ordre public. Ce cas se produirait si les créanciers étrangers désavantagés par une telle loi, faisaient appel à une juridiction située en

(21) R G Z. 101, pp. 141 et s.

(22) Affaires des emprunts serbes et brésiliens, arrêts du 12 juillet 1929; Publ. Off. de la C. P. J. I., série A, n^{os} 20-21, cités dans la Revue de Sc. et de Lég. Fin., 1929, p. 495 et suiv.

déhors du pays qui a légiféré. Cette juridiction pourrait refuser l'application d'une telle loi, bien que l'obligation fût régie, selon les règles du droit international privé, par la législation de l'Etat intervenant contre la validité de la clause-or.

6° Il y a un certain intérêt à étudier le problème suivant : quelle influence une *interdiction d'exporter de l'or* peut-elle avoir sur la validité de la clause espèces-or ? Cette question ne se pose naturellement que pour les règlements extérieurs. Il y a pour le débiteur impossibilité de droit de payer dans les espèces-or stipulées; en revanche, la validité de la clause n'est néanmoins aucunement atteinte.

Cette question nous amène à étudier un problème auquel nous avons déjà fait une allusion : c'est l'impossibilité du paiement en or. Le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité objective de se procurer des pièces d'or en vue du paiement. Cette impossibilité peut être d'abord de *fait*. Dans ce cas, la clause espèces-or aura une importance pratique au moment où la monnaie se déprécie. Il faut bien dire que la seule difficulté de se procurer des pièces d'or ne peut être assimilée au fait que la monnaie stipulée a été retirée de la circulation (en ce sens : Planck, Oertmann, Warneyer, Commentaire des conseillers du R. G. ad. § 245). Même dans l'hypothèse où le débiteur ne peut se procurer les espèces-or que contre un agio considérable, il doit payer dans la monnaie stipulée.

L'impossibilité de *droit* existe lorsque les espèces, objet de la stipulation des parties, sont mises hors du cours, c'est-à-dire perdent leur caractère de monnaie légale. Un autre cas de cette hypothèse se produit quand on ne peut se procurer les espèces dues qu'en violant une loi, par exemple une loi prohibant l'agiotage ou l'exportation de l'or.

Nous ajoutons encore que l'impossibilité se produisant ultérieurement, ne libère pas le débiteur de son obligation. De la monnaie, il y en a toujours. Même en cas de changement de monnaie, la dette portant sur une somme d'argent peut être exprimée, en vertu des règles déterminées sur la conversion, dans la nouvelle unité monétaire. Il est évident, pour reprendre les paroles de M. Ulrich, que cette inaltérabilité de la dette d'argent correspond à un besoin juridique et économique ²³.

Comme nous l'avons déjà signalé ²⁴, l'article 245 B G B. prescrit que « si une dette d'argent doit être payée en une monnaie déterminée qui n'a plus cours au temps du paiement, celui-ci doit être presté comme si cette monnaie n'avait pas été fixée ». Les motifs du projet du B G B. disent au sujet de ce texte : « Lorsque par suite de l'application de cette disposition secondaire il y a impossibilité d'exécution de l'obligation, l'existence et la nature de l'obligation elle-même ne subissent aucune modification » ²⁵.

M. Nussbaum est d'avis que la règle de l'art. 245 B G B., envisagée du point de vue abstrait, est exacte. Les rédacteurs de ce texte n'ont pas pensé du tout à l'hypothèse d'une dépréciation du mark où, par suite de l'invalidation de la clause espèces-or, le créancier pourrait être victime d'un grave préjudice. Par conséquent, conclut l'auteur précité, étant donné sa genèse, l'art. 245 B G B. ne peut être appliqué à l'hypothèse d'une dépréciation de la monnaie. L'opinion contraire, d'ailleurs, se trouverait en contradiction avec la volonté des parties qui prime la prescription de l'art. 245 à laquelle il peut être dérogé par les stipu-

(23) Thèse, pp. 122-123.

(24) V. *supra*, p. 30.

(25) II, 14.

lants. Le Reichsgericht (dont la jurisprudence est cependant presque constante) a mal interprété ce texte en disant qu'il ne reste après la suppression de la clause espèces-or qu'une dette d'argent égale à la valeur nominale²⁶. Le Tribunal suprême méconnaît par cela tout à fait la volonté des parties (en ce sens : Nussbaum, Kress, Kretschmar, Kohler et d'autres).

SECTION II.

LA CLAUSE VALEUR-OR.

La seconde variété de clause-or est la clause valeur-or (ou clause d'or agio) qui consiste, nous le savons déjà²⁷, dans une stipulation par laquelle le débiteur d'une dette d'argent s'engage à payer une somme correspondante à la valeur d'une quantité d'or déterminée. En reprenant les termes plus précis de Mlle Rozis, nous disons que le débiteur ne devra pas verser, en vue de sa libération, « la quantité d'or fixée au contrat, mais une quantité de billets de banque dont la valeur sera égale à celle de la somme or²⁸ ».

§ 1. *La nature juridique et la rédaction de la clause valeur-or.*

I. *La nature juridique.*

La nature juridique de la clause valeur-or est caractérisé par le fait qu'elle rend la dette d'argent indéterminée

(26) R G Z. vol. 103, p. 384; vol. 107, p. 370.

(27) Voir *supra*, p. 28.

(28) Mlle Rozis (J.). — L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie (Thèse, Paris, 1924), p. 102.

au point de vue de sa valeur nominale. D'après sa structure, il s'agit d'une dette d'argent « pure » ou proprement dite » (« reine Geldsummenschuld ») dont le montant dépend du prix variable de l'or. Il se pose donc la question de savoir quelle valeur de l'or les parties veulent prendre comme base de leur stipulation, étant donné que l'or représente une marchandise et n'a pas une valeur absolue. La pratique nous enseigne que cette question n'est réglée qu'exceptionnellement par les contractants.

II. *La rédaction de la clause valeur-or.*

Comme nous venons de le dire, les parties ne mentionnent pas, en général, la manière dont la valeur de l'or doit être déterminée. Ils stipulent simplement en « francs-or », « marks-or » etc. ou dans la contre-valeur du poids d'or fin de l'unité monétaire. La conception allemande du droit considère une obligation portant sur le paiement de 1.000 marks-or (« *Goldmark* »), en principe, comme une dette de valeur-or, « c'est-à-dire comme obligation de s'acquitter en monnaie légale dans une proportion correspondant à la valeur des pièces de monnaie de 1.000 R. M. » dans leur ensemble d'après l'équation légale : un kilo d'or fin = 2.790 R. M. »²⁹

En France, par contre, la clause francs-or dans une obligation de payer 1.000 francs aurait pour effet que le débiteur devra payer un nombre de francs correspondant à la valeur de 1.000 francs selon la définition légale du franc.

D'ailleurs, l'expression « *Goldmark* » (mark-or) peut être employée dans plusieurs sens. Il y avait par exemple dans les années 1923 et 1924 le « *Steuergoldmark* »

(29) NUSSBAUM. Cours, pp. 563-564.

(mark-or-contribution) surtout en matière fiscale, mais qui était en usage également dans d'autres domaines. Il fut remplacé, en vertu du décret du 12 décembre 1924, par le Reichsmark ³⁰.

Le mark-or a trouvé une autre application dans le « *Dollar-Goldmark* » (mark-dollar-or) au moyen duquel on indique la valeur d'un reichsmark par 10/42 dollars.

Enfin la pratique et la législation ont recouru au « *Feingoldmark* » (mark-or fin) qui constitue selon la loi monétaire allemande la valeur de 1/2790 kg. or fin. Un décret du 29 juin 1923 ³¹ a prescrit que le prix de l'or fin est celui du cours moyen de la Bourse de Londres (exprimé en pence et converti en monnaie allemande). Le « *Feingoldmark* » se trouve surtout en matière d'hypothèques, mais aussi dans des contrats de prêt et d'assurance.

§ 2. — *La licéité et l'efficacité de la clause valeur-or.*

La clause valeur-or fait comme la clause espèces-or l'objet d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles au point de vue de sa licéité et de son efficacité. Par suite de la politique monétaire de presque tous les pays adoptant depuis la guerre de 1914 des régimes de monométallisme or sans circulation effective de monnaie d'or à l'intérieur du pays, la clause espèces-or a perdu une très grande partie de son importance. Ainsi la clause valeur-or a pris un essor considérable. En outre, certains obstacles dressés par la législation, comme la loi de cours forcé, l'interdiction d'exporter de l'or, etc., semblent moins gêner l'efficacité de la clause valeur-or.

Nous étudierons dans nos développements ultérieurs

(30) R G Bl. 1924, I, 775.

(31) R G Bl. 1923, I, 482.

la clause valeur-or sous les mêmes points de vue que la clause espèces-or : 1° en temp normal; 2° sous le régime du cours forcé du billet de banque.

I. En temps normal.

Les textes de loi (art. 245 B. G. B., 37 W. O. et 361 H. G. B.) que nous avons cités ³² comme base légale de la clause espèces-or, fournissent également cette base pour la clause valeur-or; nous renonçons donc à les exposer de nouveau. Par conséquent, en temps normal, sous la convertibilité du billet de banque, la clause valeur-or est valable et obligatoire, en Allemagne comme ailleurs.

Nous avons déjà abordé le problème important de l'inscription de l'hypothèque sur le registre foncier ³³. Nous ajoutons ici simplement que le Reichsgericht, dans l'arrêt précité du 22 janvier 1902 ³⁴, a déclaré que la clause valeur-or n'est pas susceptible d'être inscrite sur le registre foncier.

D'ailleurs, le Conseil Fédéral Suisse, en sa qualité de juge suprême en matière d'affaires relatives au Livre foncier, a suivi le Reichsgericht dans ce domaine ³⁵. La décision de ce dernier tribunal appuie son point de vue sur la raison suivante : la condition de la spécialité de la créance hypothécaire nécessaire à l'inscription de l'hypothèque n'existe pas quant à la clause valeur-or, car celle-ci ne fixe pas le montant de la créance hypothécaire dans la monnaie légale, mais par rapport au prix de l'or. Il est évident que la créance personnelle reste valable dans toute son ampleur.

(32) Voir *supra*, pp. 30-31.

(33) Voir *supra*, pp. 31-32.

(34) R G Z. vol. 50, p. 148.

(35) ULRICH. *Op. cit.*, p. 105.

II. *Sous le régime du cours forcé du billet de banque.*

Sous le régime du cours forcé du billet de banque s'affirme surtout la différence entre la monnaie de contrat et la monnaie de compte, la dernière étant créée par les parties en vue de la protection du créancier. C'est notamment la clause valeur-or qui crée des monnaies de compte en se référant ou bien à l'or-marchandise ou bien à une monnaie-or étrangère.

1° Nous jugeons utile de commencer notre étude relative à *l'effet du cours forcé sur la validité de la clause valeur-or* par un aperçu général sur la doctrine qui est ici également divisée sur ce problème. « La plupart des auteurs, dit M. Hubrecht, qui concluent à la nullité de la clause or-espèces sous le régime du cours forcé prennent également la même attitude vis-à-vis des clauses or-agio. » ³⁶ Sans vouloir entrer dans les détails de la controverse au point de vue du droit français laquelle est traitée magistralement par M. Hubrecht, nous concluons avec le dernier que la clause valeur-or est valable en régime de cours forcé pour deux raisons : 1) la loi ne l'a pas expressément prohibée et 2) il faut respecter le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Ajoutons simplement que ces mêmes arguments ont cours en droit allemand. Celui-ci, d'ailleurs, a comme particularité l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914. Donc, il se pose pour nous la question de savoir si cette prescription paralysant l'efficacité des clauses-or stipulées avant le 31 juillet 1914 s'applique également aux clausesagio-or. La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes de déclarer que les clauses valeur-or stipulées avant le 31 juillet 1914 ne tombent pas sous le coup de ladite

(36) Thèse, p. 282.

ordonnance. Ainsi, le Reichsgericht a exprimé son opinion à ce sujet dans les termes suivants : « Comme le cours des événements l'a démontré, le défendeur aurait eu intérêt de stipuler une clause valeur-or au sens développé par lui. » ³⁷

2° Il nous reste à étudier la question importante, souvent discutée en droit allemand, sur les *rapports entre la clause valeur-or et la clause espèces-or*. Cette question joue également un certain rôle en droit français, elle a donné lieu à des discussions. Ce sont surtout les auteurs de droit international privé ³⁸ qui émettent, en suivant Labbé ³⁹, l'opinion que la clause espèces-or se transforme en clause valeur-or en période de cours forcé. Ajoutons encore qu'un jugement du Tribunal civil de la Seine déclare : « Attendu qu'entre la clause franc-or... et la clause espèces-or... il n'existe en réalité qu'une différence de pure terminologie... ».

Nous exposerons maintenant ce que le droit allemand dit à ce sujet. La doctrine a élaboré trois thèses qui s'affrontent. Une première opinion prétend que la clause espèces-or et la clause valeur-or sont juridiquement des stipulations tout à fait différentes. Une seconde thèse soutenue par M. Nussbaum, déclare également que la clause espèces-or entraîne au point de vue juridique une autre obligation que la clause valeur-or ⁴¹. La première stipulation donne naissance à une dette portant sur le paiement en espèces-or; elle constitue donc une synthèse entre une dette d'argent et une obligation portant sur des choses

(37) R G Z. vol. 103, p. 141.

(38) Cf. HUBRECHT. Thèse n. 4, p. 265. Pas exemple VALÉRY, CLUNET, 1916, p. 1134; DUPUICH, note D. P. 1920-1-135; WEISS. Dt international privé, t. IV, p. 389, n. 4; PILLET, CLUNET, 1896, p. 15; NIBOYET, note S. 1925-1-144, 3^e col.

(39) Notes au S. 1872-2-161 et 1873-1-97.

(40) D. P. 1926-II-69.

(41) Cf. Das Geld., p. 168.

de genre. La stipulation d'une clause *agio-or*, par contre, a pour effet de créer une dette d'argent « pure » d'une valeur indéterminée. Mais ces deux clauses de garantie, malgré leur nature juridique différente, ne s'excluent pas l'une l'autre, comme le Reichsgericht le prétendait par erreur dans sa décision précitée du 22 janvier 1902. Car celui qui doit payer en espèces-or a, en même temps, à rendre la valeur de ces espèces. Envisagée sous ce point de vue, l'obligation accompagnée d'une clause espèces-or peut être considérée comme une obligation portant sur la valeur-or de la somme due sur laquelle se greffe une autre obligation portant sur des choses de genre. Lorsqu'il y a impossibilité pour le débiteur de se procurer des espèces-or, il ne reste, par conséquent, qu'une obligation contenant une clause monnaie-or. Enfin, une troisième opinion conteste la différence de nature entre les deux clauses en raison de la valorisation.

Face à ces trois opinions, nous dirons que lesdites stipulations portent un caractère commun et un caractère différent ⁴². Le but qu'elles poursuivent est le même : la protection du créancier contre les fluctuations de la monnaie. Mais le moyen par lequel ce but doit être atteint, est différent : au moyen de la clause espèces-or les parties stipulent le paiement en espèces-or; la clause *agio-or*, par contre, assure au créancier le paiement d'une somme correspondante à la valeur d'une quantité d'or déterminé. En ce qui concerne la forme, la première clause constitue une stipulation protectrice encore plus parfaite que la seconde; quant au fond, les effets des deux clauses sont les mêmes.

Nous avons déjà exposé que les clauses espèces-or sti-

(42) Cf. BEHNES (Clemens). *Die Umdeutung der Goldmünzklauseln in Goldwertklauseln*. Thèse Göttingen, 1929, p. 23.

pulées avant le 31 juillet 1914 furent invalidées par l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914⁴³. Nous allons maintenant examiner la question suivante : les parties auraient-ils voulu stipuler une clause valeur-or si elles avaient connu la nullité de la clause espèces-or ? Afin d'y répondre, nous devons chercher s'il y a une base légale pour une telle interprétation de la volonté des parties. Outre les principes d'interprétation du Code civil allemand contenus dans les articles 133 et 157⁴⁴, nous trouvons notamment la prescription de l'article 140 qui donne la possibilité de nous fournir la base légale pour une interprétation de la clause monnaie-or dans le sens d'une stipulation agio-or. « Si, en vertu de ce texte, un acte juridique nul satisfait aux conditions d'un autre acte juridique, il est valable à ce dernier titre lorsqu'il y a lieu d'admettre que les parties connaissant la nullité, auraient voulu cette validité. »

Il faut signaler que le but de l'article 140 B. G. B. est le maintien de l'effet économique voulu par les contractants. Par conséquent, la protection de la créance monétaire contre toute dépréciation possible tombe sous cette prescription. La clause espèces-or aussi bien que la clause valeur-or ont pour raison d'être de réaliser cet effet. Etant donné ce fait, nous considérons comme justifiée la conclusion que les parties auraient voulu le maintien de la clause monnaie-or annulée sous forme d'une clause agio-or valable⁴⁵.

Pour l'application de l'article 140 B G B. il faut encore

(43) Voir supra, p. 35.

(44) Art. 133 : « Dans l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle sans se tenir au sens littéral des termes. »

Art. 157 : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la bonne foi et l'intention des parties déterminées d'après les usages.

(45) Voir supra, p. 44-45.

une autre condition, à savoir que les stipulations des parties doivent contenir, du point de vue objectif, une clause valeur-or. Cette condition se trouve réalisée si la formule de la clause-or est rédigée de façon qu'elle puisse s'appliquer à la clause espèces-or et à la clause valeur-or, par exemple « en or » ou bien « en monnaie-or du Reich allemand ».

Malgré ces arguments, la jurisprudence allemande a refusé l'interprétation que nous venons d'exposer. Dans presque toutes les décisions touchant à ce problème, le Reichsgericht et les Cours d'appel ont interprété la clause-or comme une clause espèces-or.

La doctrine, en face de ce refus quasi catégorique de la jurisprudence, a pris une attitude plus nuancée. Certes, il y a quelques auteurs qui suivent la thèse du Reichsgericht; par contre, les auteurs les plus réputés en matière de clauses de garantie adoptent l'interprétation en faveur de la clause valeur-or ⁴⁶. La majeure partie des auteurs considèrent les stipulations-or comme des clauses espèces-or, tant que les caractéristiques de la clause valeur-or ne se montrent pas d'une façon nette.

Observations finales.

L'invalidation des clauses espèces-or aussi bien en Allemagne que dans beaucoup d'autres pays belligérants, se produisit à un moment où cette stipulation aurait pu précisément montrer son efficacité. Les législateurs étaient obligés de l'invalider parce qu'elle s'opposait aux nécessités de la guerre. La clause valeur-or, en revanche, n'était jamais contraire aux intérêts de l'Etat. Donc, sur le plan

(46) Ainsi OERTMANN; NUSSBAUM. « Geld », p. 168.

du droit allemand, l'expérience de la guerre a prouvé que la clause espèces-or n'a pas donné aux créanciers la sécurité voulue; par contre, la clause valeur-or a pu satisfaire les intérêts particuliers tout en restant en harmonie avec les besoins de l'Etat.

CHAPITRE II

LA CLAUSE DE PAIEMENT EN MONNAIE ETRANGERE

Le paiement en une monnaie étrangère peut faire l'objet d'une obligation. La stipulation qui, pour fixer le montant du paiement, se base sur la monnaie d'un autre pays, doit, comme les autres clauses de garantie, donner au créancier une sécurité contre le risque de dépréciation de la monnaie nationale. Mais cela n'est pas toujours le but de cette stipulation qui résulte généralement des règlements du commerce international.

On distingue, dans la doctrine allemande, deux variétés de clauses de paiement en monnaie étrangère. Quant à la première, la stipulation de paiement en monnaie étrangère effective ou « pure » (*echte Valutaschuld*), le débiteur s'engage à payer dans une monnaie étrangère; dans la stipulation dite « *unechte Valutaschuld* », la créance ne porte que sur une somme exprimée en monnaie nationale dont le montant dépend du cours du change d'une monnaie étrangère déterminée. Dans le dernier cas la monnaie de contrat diffère de la monnaie de paiement. Nous traiterons dans nos développements ultérieurs d'abord de la clause dite « *echte Valutaschuld* » (§ 1^{er}); ensuite nous étudierons la question délicate de la conversion (§ 2).

§ 1. — *La clause de paiement
en monnaie étrangère effective.*

Nous examinerons la clause de paiement en monnaie étrangère effective sous les quatre points de vue suivants : I. La nature juridique de la clause. II. Les règles de droit s'appliquant à la clause. III. Les différentes variétés de la clause. IV. La licéité et l'efficacité de la clause.

I. *La nature juridique de la clause.*

La dette à payer en une monnaie étrangère constitue juridiquement une dette d'argent. La prescription de l'article 244 al. 1^{er} B G B. affirme expressément cette qualité dans les termes suivants : « Le paiement en Allemagne d'une dette d'argent fixée en monnaie étrangère peut se faire en monnaie de l'Empire à moins que le paiement en monnaie étrangère n'ait été expressément stipulé. » M. Nussbaum dit avec netteté que la stipulation par laquelle le débiteur s'engage à payer dans la monnaie d'un autre pays, porte les caractéristiques d'une dette d'argent¹. Elle n'a pas pour objet un corps certain ou des choses de genre, mais une valeur abstraite qui par rapport à une unité idéale en fait résulter le montant dû. M. Nussbaum démontre cette thèse en déclarant : quand un Allemand s'engage à fournir une marchandise contre le paiement de 100 dollars, le dollar est employé ici juridiquement comme le mark. Seulement par cette manière de voir s'explique le fait que la clause de paiement peut s'exécuter en monnaie nationale. C'est pour cette raison que l'idée se justifie de considérer, en cas de doute, une stipulation

(1) « Geld », p. 188.

de paiement en monnaie étrangère comme une obligation engendrant une dette d'argent.

Il est, par conséquent, inexact de définir cette stipulation, comme certains auteurs italiens² le font, comme une dette portant sur la prestation d'espèces (Geldsortenschuld). Même le terme « effective » n'y peut rien changer. Il ne signifie que l'exclusion du droit du débiteur de payer en monnaie nationale. Il est vrai que dans un cas particulier, par exemple, la stipulation de payer des espèces déterminées peut se greffer sur la clause de paiement en monnaie étrangère.

La jurisprudence allemande insiste vigoureusement sur le caractère monétaire de la stipulation de paiement en monnaie étrangère. M. Nussbaum³ prétend que le Reichsgericht a même abusé de cette idée en déclarant que si les tribunaux ne sont pas convaincus du bien-fondé de la créance libellée en monnaie étrangère, ils peuvent condamner le débiteur à payer en monnaie nationale⁴.

II. *Les règles de droit s'appliquant à la clause.*

Ayant exposé la nature juridique de la clause de paiement en monnaie étrangère comme elle se dégage de la loi, de l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence allemandes, nous allons aborder la question quelles règles de droit sont applicables à cette clause. Etant donné qu'il s'agit d'une dette d'argent, nous énumérerons les conséquences juridiques découlant de ce caractère.

a) C'est un principe général du droit civil allemand que le *lieu du paiement d'une dette d'argent* est celui du domicile du débiteur (dette quérable) malgré l'obligation

(2) Par exemple MANGINI.

(3) « Geld », p. 189.

(4) R G. J W. 1920, p. 704; 1921, p. 22; R G Z. vol. 109, p. 64.

de ce dernier de transmettre l'argent, en cas de doute, à ses risques et frais, au créancier en son domicile⁵. Une difficulté surgit ici du fait que les parties considèrent, d'une part, la dette à payer en monnaie étrangère comme dette portable, mais que, d'autre part, l'organisation des expéditions d'argent est basée sur le paiement en monnaie nationale. En tenant compte du but de la stipulation, il faut constater que le créancier ne veut pas être traité moins bien que dans l'hypothèse où il aurait contracté en monnaie nationale. Cette considération aboutit à la conclusion de M. Nussbaum que, tout au moins, la stipulation de paiement en monnaie étrangère fait naître une dette portable dont les principes lui sont applicable^{5 bis}.

b) L'exception de l'impossibilité de payer en monnaie étrangère est dépourvue de valeur juridique puisque la stipulation constitue une dette d'argent. Nous avons déjà mentionné que le droit allemand applique aux dettes d'argent les règles sur les choses de genre « *genera non pereunt* »). En conséquence, le débiteur d'une somme exprimée en monnaie étrangère ne peut être libéré de son obligation même si le pays (où le débiteur n'est pas domicilié) dont la monnaie fera l'objet du paiement, a interdit l'exportation de sa monnaie ou si le débiteur obligé de se procurer une monnaie étrangère est menacé de ruine économique⁶. En revanche, si le paiement en monnaie étrangère devient impossible par suite d'une guerre ou d'une législation prohibitive du pays où le débiteur est domicilié, celui-ci doit payer le montant de la créance converti en monnaie nationale⁷.

(5) Ainsi art. 270, al. 4 B G B. : « Les dispositions sur le lieu de la prestation restent applicables ». (Le lieu de la prestation se détermine selon le principe énoncé dans l'art. 269 B G B.).

(5 bis) « Geld », p. 192.

(6) R G. 17 juin 1924, J W. 1924, p. 1368.

(7) R G. 17 mars 1924, J W. 1924, p. 159.

Une tout autre solution interviendrait dans l'hypothèse où il s'agit de l'achat d'une monnaie étrangère déterminée. Il n'existe pas dans ce cas une stipulation de paiement en monnaie étrangère au sens habituel du terme. Les parties considèrent ici la monnaie étrangère plutôt comme une marchandise. En conséquence, l'obligation dite « Zahlungsmittelschuld » porte sur des choses de genre au vrai sens du mot. La nature juridique de la convention entraîne d'autres effets en cas d'impossibilité d'exécution. Lorsque, par exemple, le paiement en monnaie étrangère devient impossible par suite de mesures législatives interdisant l'exportation de cette monnaie, la conversion de la dette en monnaie nationale n'intervient pas. Ce serait les prescriptions sur l'impossibilité de la prestation née par suite d'une circonstance survenue après la naissance du rapport obligation⁸ qui trouveraient application; c'est-à-dire le créancier pourrait exiger des dommages et intérêts du chef d'inexécution de l'obligation tout entière, conformément à l'article 280 al. 2 ou résilier le contrat tout entier.

La théorie de l'imprévisibilité (*clausula rebus sic stantibus*) ne peut être invoquée non plus par le débiteur en matière de stipulation de paiement en monnaie étrangère. L'application de cette théorie a connu après-guerre, en Allemagne, une renaissance considérable due au désir de faire résilier les contrats dont l'exécution était devenue impossible par suite des bouleversements économiques et monétaires. Dans notre hypothèse, cependant, les parties manifestent nettement leur volonté en stipulant sur la base d'une monnaie étrangère qu'elle veulent se rendre indépendantes des variations de la monnaie nationale. Par conséquent, la partie à l'égard de laquelle le cours de

(8) Art. 325 B G B.

la monnaie étrangère devient défavorable, doit encourir le risque et ne peut exciper au cocontractant la *clausula rebus sic stantibus*. Si c'était autrement, elle agirait contre le but de la stipulation⁹.

Enfin, il est également exclu l'application de la notion de l'abus du droit. Le débiteur ayant des difficultés de se procurer des devises étrangères ne peut s'opposer à la demande du créancier en recourant au moyen de dire que ce dernier abuse de son droit.

c) Il est intéressant de se poser la question de savoir si le créancier, en cas de demeure du débiteur (art. 284 B G B.), peut demander à celui-ci des intérêts moratoires (art. 288 B G B)¹⁰. La loi, selon ses buts, ne devrait s'appliquer strictement qu'aux créances en monnaie allemande. En revanche, la pratique admet des intérêts moratoires en cette matière par une application analogue des prescriptions relatives aux intérêts légaux et au taux de ces intérêts. M. Nussbaum justifie cette solution en disant que la monnaie — nationale ou étrangère — peut toujours être employée d'une manière productive¹¹.

III. *Les différentes variétés de la clause.*

L'importance de la clause de paiement en monnaie étrangère effective se montre notamment dans ses différentes variétés auxquelles elle se prête. Parmi les nombreuses combinaisons créées par la pratique allemande nous ne relevons que les plus fréquentes :

(9) Ainsi R G. 11 décembre 1919, J W. 1920, p. 373; 27 juin 1923, J W. 1924, p. 174; 18 novembre 1924, J W. 1925, p. 469.

(10) Art. 288 : « La dette d'une somme d'argent produit quatre pour cent d'intérêts par an pendant la demeure. Si pour une autre cause le créancier est fondé à exiger des intérêts plus élevés, ceux-ci continuent à être exigibles. »

La demande de dommages-intérêts plus étendus n'est pas exclue.

(11) « Geld », p. 192.

- A. — La clause d'option de change.
- B. — La clause dite « Verkleidete Valutaschuld ».
- C. — La clause de garantie de change.
- D. — La clause de paiement en monnaie étrangère combinée avec la clause-or.

A. — *La clause d'option de change.*

La clause d'option de change est l'objet d'une multitude de définitions proposées par les divers auteurs ou par la jurisprudence. Ce fait prouve la complexité qui caractérise cette stipulation. M. Seignol propose, après avoir critiqué judicieusement les différentes définitions établies par la doctrine et la jurisprudence, la définition suivante : « L'option de change est une clause prévoyant divers lieux de paiement et précisant la nature de la monnaie, qui sera celle du lieu de paiement, et la quantité d'unités monétaires, qui sera celle fixée au contrat, une fois pour toutes, pour chaque devise, partant pour chaque lieu. » ^{12 13}

L'option de change se trouve avant tout dans les grands emprunts internationaux où elle a son vrai champ d'application. Elle est insérée même dans les contrats d'emprunts internationaux entre particuliers, par exemple de façon que le créancier se réserve d'exiger le remboursement de la somme prêtée au débiteur dans la même monnaie que celle que le dernier a reçue, ou dans la monnaie du pays du domicile du créancier. Dans la dernière hypothèse, les parties peuvent stipuler que le calcul du cours

(12) L'Option de Change et l'Option de Place, thèse Lyon, 1935, p. 102.

(13) De la clause d'option de change il faut distinguer la *clause d'option de place*, peu usitée en Allemagne. La clause d'option de place « accorde au prêteur la faculté de choisir, entre plusieurs, la place du paiement, la monnaie stipulée restant toujours la même, dans son identité comme dans sa valeur ». (définition de M. MATTER dans D. P. 1931-I-12 (V)).

du change doit se faire le jour où la somme de l'emprunt est transférée au débiteur; ils peuvent également fixer une proportion déterminée relative à la conversion ¹⁴.

B. — La clause dite « Verkleidete Valutaschuld » (option de monnaie).

Une variété de la clause de paiement en monnaie étrangère se trouve dans la stipulation dite « Verkleidete Valutaschuld » que les auteurs français appellent option de monnaie. Ce terme a été inventé par M. Lamoureux qui a fait une distinction entre l'option de change et l'option de monnaie ¹⁵. Celle-ci, d'après lui, n'a pas pour effet de déterminer la nature de la monnaie par le lieu du paiement. M. Seignol précise encore davantage dans sa définition la portée de la clause de monnaie étrangère en disant que celle-ci prévoit divers lieux de paiement et fixe « le montant de la créance en diverses quantités d'unités monétaires dont l'équivalence est portée au contrat. » ¹⁶

Nous trouvons dans certains arrêts du Reichsgericht des exemples de cette clause. Ainsi l'arrêt du 29 novembre 1920, parle d'un contrat de prêt conclu entre une société suisse et un emprunteur allemand. ¹⁷ Le débiteur, en l'espèce, s'était engagé à payer les intérêts et à rembourser le capital au cours de 123,50 francs suisses pour 100 reichsmarks. Dans la décision du 27 juin 1923, il s'agit d'une stipulation rédigée dans les termes suivants : « tous les paiements sont à exécuter en florins hollandais, le cours

(14) Ainsi R G., 11 décembre 1919, J W. 1920, p. 373.

(15) J. O., 13 mars 1929.

(16) Thèse, pp. 102-103.

(17) J W. 1921, p. 231.

du jour de la remise de la somme prêtée étant à prendre en considération. » ¹⁸

Selon M. Nussbaum, la dette n'est ici déterminée qu'apparemment en monnaie allemande ¹⁹. En réalité, le montant exprimé en marks ne sert que de moyen de calcul pour établir le nombre des unités monétaires étrangères qui constituent le vrai objet de la dette. On ne peut parler d'un droit d'option; il existe plutôt une stipulation de payer en monnaie étrangère proprement dite qui est, cependant, déguisée. Si le lieu du paiement se trouve en Allemagne, le débiteur, en vertu de l'article 244 B G B ²⁰, a le droit de payer en monnaie nationale.

C. — *La clause de garantie de change.*

La clause de garantie de change est une stipulation par laquelle les parties fixent le nombre d'unités monétaires à verser au jour du paiement d'après la valeur que la monnaie nationale aurait à ce jour par rapport à une monnaie étrangère considérée comme stable. Par conséquent, le montant de base exprimé dans un instrument de calcul, mais il est l'objet même de la créance. Le débiteur s'engage, par exemple, à majorer la somme due exprimée en monnaie nationale de la somme équivalente à la prime que fera la monnaie étrangère choisie dans l'hypothèse où le cours de la monnaie nationale tombe au-dessous d'un certain taux des changes.

La pratique du commerce en Allemagne a montré que

(18) J W. 1924, p. 173.

(19) « Geld », p. 206.

(20) Art. 244 : Le paiement en Allemagne d'une dette d'argent fixée en monnaie étrangère peut se faire en monnaie de l'Empire, à moins que le paiement en monnaie étrangère n'ait été expressément stipulé.

La conversion se fait d'après le cours du change au temps et au lieu du paiement.

c'étaient notamment la livre sterling et le dollar, monnaies très stables jusqu'aux années 1931-33, qui servaient d'étalon aux parties.

Il ne s'agit pas non plus d'une option de change. Au point de vue de sa nature juridique, la stipulation de garantie de change constitue plutôt une combinaison entre une créance en monnaie nationale et une créance dite « *unechte Valutaschuld* »²¹.

Nous ajoutons que la clause à garantie de change a été fréquemment employée, avant la guerre de 1914 dans les prêts hypothécaires accordés par les établissements de crédit foncier suisses à des propriétaires allemands.

D. — La clause de paiement en monnaie étrangère combinée avec une clause-or.

Les clauses espèces-or ou valeur-or peuvent être combinées avec la stipulation de paiement en monnaie étrangères et ses variétés. Par ce moyen, le créancier se met à l'abri du risque de dépréciation de la monnaie étrangère servant de base pour le calcul du montant de la dette²².

IV. La licéité et l'efficacité de la clause.

Le problème de la licéité et de l'efficacité de la clause de paiement en monnaie étrangère se pose de la même façon que pour les autres clauses de garantie. Nous l'étudierons, en conséquence, des deux points de vue suivants : A. En temps normal; B. Sous le régime du cours forcé du billet de banque.

(21) Voir *supra*, p. 50.

(22) R G., 30 septembre 1920, J W. 1921, p. 229.

A. — *En temps normal.*

En temps normal, la validité de la stipulation de paiement en monnaie étrangère n'est guère contestée, ni en France, ni en Allemagne. En ce qui concerne le droit français, c'est le grand principe de la liberté des conventions (art. 1134, Code civil) qui rend une telle clause valable.

Selon M. Hubrecht ²³, la monnaie étrangère est généralement considérée comme une marchandise: stipuler en une monnaie étrangère ne heurte pas l'ordre public. En droit allemand, un texte spécial, l'article 244, al. 1^{er} B G B. ²⁴, règle la question. Il ressort nettement de cette prescription que le Code civil allemand reconnaît la validité de la clause de paiement en monnaie étrangère effective.

B. — *Sous le régime du cours forcé du billet de banque.*

La question de la validité de la clause de paiement en monnaie étrangère dans les périodes de cours forcé a reçu, par contre, des solutions différentes en France et en Allemagne.

En France, les lois de cours forcé n'ont visé directement ni indirectement les clauses de paiement en monnaie étrangère. Ce fait constitue l'argument principal de la majorité des auteurs qui se prononcent en faveur de sa validité. Toutefois, certains auteurs soutiennent que ces clauses sont nulles parce qu'elles sont contraires au but que le législateur a poursuivi en établissant le cours forcé.

La jurisprudence en France a plutôt approuvé la validité de la clause de paiement en monnaie étrangère

(23) Thèse précitée, p. 287.

(24) Voir *supra*, p. 58 (note 20).

jusqu'en 1926. Dès cette époque la Cour de Cassation, dans un arrêt célèbre du 17 mai 1927 (affaire Pélissier du Besset), déclare cette clause nulle lorsqu'il s'agit d'un paiement en monnaie étrangère à faire en France par une personne y résidant (règlement intérieur). En revanche, la jurisprudence reconnaît la validité de la clause quand le paiement présente le caractère d'un règlement extérieur au cours duquel se produit un échange au-dessus des frontières ²⁶.

En *droit allemand*, la distinction entre l'opération nationale et l'opération internationale est inexistante. Les stipulations en monnaie étrangère reconnues par l'article 244 B G B. étaient valables, étant donné que ni la loi du 4 août 1914 proclamant le cours forcé ni une autre disposition légale les invalidaient. C'est précisément pour cette raison que les clauses de paiement en monnaie étrangère ont trouvé un tel développement en Allemagne, que M. Hubrecht voit en elles une des causes qui ont accéléré la chute du mark ²⁷. Le gouvernement du Reich fut amené en 1922 à interdire les paiements en monnaie étrangère pour les « règlements intérieurs » ²⁸.

§ 2. *La conversion de la monnaie étrangère en monnaie nationale.*

Une question très délicate et complexe est celle de l'exécution de la clause de paiement en monnaie étrangère qui est surtout connue sous le nom de *conversion*. Nous étu-

(25) D. P. 1928-1-25.

(26) Cour de cassation, 7 juin 1920, S. 1920-I-193; Paris, 17 avril 1925, Clunet, 1926, p. 353.

(27) Op. cit., p. 369.

(28) Ordonnance sur les devises du 12 octobre 1922.

dierons le problème de la conversion de la monnaie étrangère en monnaie nationale successivement en examinant; 1° sa base légale et l'attitude que la doctrine et la jurisprudence prennent à l'égard d'elle (I), et en exposant; 2° les règles régissant la conversion (II).

I. La base légale de la conversion et l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard de celle-ci.

A. — La base légale.

Les textes de loi qui servent de base à la conversion, ont un caractère tout à fait différent en droit français et en droit allemand sans que la solution du problème diffère dans les deux pays. Quant aux clauses dites « effectives », selon la règle de l'article 1243 Code civil français corroborée par le texte de l'article 143 du Code de commerce, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due²⁹. Cette solution ne constitue que l'application du principe de la liberté des conventions (art. 1134 Code civil). En revanche, si les parties n'ont pas stipulé un paiement effectif en monnaie étrangère, les auteurs et la jurisprudence concluent que, dans cette hypothèse, la conversion sera possible.

Dans le Code civil allemand, par contre, nous trouvons un texte général, l'article 244, al. 1^{er}, qui admet la conversion toutes les fois où le paiement effectif en monnaie étrangère n'est pas stipulé³⁰. Cette règle est prescrite également par l'article 37 W. O. que nous avons déjà mentionné au cours de nos développements antérieurs³¹.

(29) En France, ces clauses sont souvent rédigées dans les termes suivants : « ... et non autrement ».

(30) Voir supra, p. 58 (note 20).

(31) Voir supra, p. 31.

B. — *L'attitude de la doctrine.*

La question de la conversion fait l'objet de vives discussions de la part des auteurs en France. Sans vouloir examiner de près les différents arguments, nous tenons à dire qu'il y a, comme M. Hubrecht le constate³², trois thèses différentes en présence : D'après une première opinion, la clause de paiement en monnaie étrangère comporte la faculté de s'acquitter en monnaie française au cours du change. D'autres auteurs prétendent que ce n'est que la clause dite « effective » qui fait obstacle à la faculté laissée aux créanciers d'opter pour la conversion. Enfin, une dernière thèse considère l'article 143 du Code de commerce comme une exception au principe que « tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française »³³. Cette formule de la Cour de Cassation nous amène à ajouter que la jurisprudence accorde généralement au débiteur le droit de substituer des francs à la monnaie étrangère à condition de tenir compte du cours du change³⁴.

La doctrine allemande n'avait qu'à se baser sur le texte de l'article 244 al. 1^{er} B. C. B. qui est très explicite. En ce qui concerne cette prescription, M. Nussbaum a magistralement exposé les rapports intimes entre la dette à payer en monnaie nationale et la dette à acquitter en monnaie étrangère³⁵. L'auteur précité insiste sur le fait que dans l'hypothèse de l'impossibilité pour le débiteur de se procurer des devises étrangères, la dette se convertit en une obligation dont le paiement s'exécutera en monnaie

(32) Thèse précitée, pp. 308-309 et notes.

(33) Cour de Cass. (Req.), 1^{er} juillet 1917, dans Sirey 1918-1919-I-215.

(34) Ainsi Trib. com. Seine, 10^e ch., 8 mars 1924, Clunet 1925, p. 109; Paris, 15 juillet 1925, G. P., 18 août 1925.

(35) « Geld », p. 209.

nationale. Cette hypothèse à part, en vertu de la loi sur la faillite (Konkursordnung) du 17 mai 1898, le créancier d'un commerçant failli ou se trouvant en état de liquidation judiciaire doit se contenter d'un paiement en reichsmarks, même si sa créance comporte le paiement en monnaie étrangère. Certes, ces deux cas résultent de circonstances accusant un état de gêne du débiteur. Mais le fait existe que presque tous les droits européens, selon une ancienne coutume, ont tendance à accorder au débiteur, en dehors de la volonté formelle des contractants, la faculté de substituer la monnaie nationale à la devise étrangère stipulée. Certaines tendances dans la doctrine et la jurisprudence veulent que même le créancier profite de la faveur de la conversion en monnaie nationale.

C. — *L'attitude de la jurisprudence.*

En France, la jurisprudence reconnaît au débiteur le « droit de substitution ». Nous avons déjà fait une allusion à un arrêt de principe de la Cour de Cassation du 1^{er} juillet 1917³⁶ qui a été suivi par les juridictions inférieures³⁷.

Les tribunaux allemands n'ont qu'à s'appuyer sur le texte de l'article 244 B G B. en matière de conversion.. Nous trouvons une décision importante du Reichsgericht du 24 janvier 1921 interprétant ce texte³⁸. Le tribunal du Reich y analyse la nature juridique de la conversion, telle qu'elle ressort de l'article 244. Il déclare qu'il ne s'agit pas ici d'une obligation alternative proprement dite (Wahlschuld, art. 262 B G B.³⁹ parce que le paiement en

(36) Voir supra, p. 63 (note 33).

(37) Voir les références de M. HUBRECHT, thèse, p. 310, n. 1-3.

(38) R G Z. vol. 101, p. 312.

(39) Art. 262 : « Lorsque plusieurs prestations sont dues alternativement, en cas de doute, le choix appartient au débiteur. »

monnaie du Reich n'est point stipulé, mais qu'il ne s'agit pas non plus d'une dation en paiement (Hingabe en Erfüllungstatt, art. 364), car le paiement en monnaie allemande ne se substitue pas à l'exécution du contrat. Le droit de substitution constitue plutôt la faculté accordée au débiteur par la loi elle-même de s'acquitter, s'il le veut, en monnaie du Reich au lieu de payer en monnaie étrangère stipulée.

Le Reichsgericht analyse dans la décision susmentionnée l'article 244, al. 1^{er} B G B. D'après lui, cette prescription est basée sur l'idée qu'il doit y avoir équivalence entre la somme due en monnaie étrangère et le montant de cette dette converti en marks, car il est évident que le créancier refuserait d'accepter le paiement en marks s'il subissait un préjudice par suite de la substitution. Donc, il n'y consentirait que s'il recevait une somme équivalente en monnaie allemande lui permettant d'acquérir aussitôt la devise étrangère stipulée. L'étude des règles relatives à la conversion précisera la question de savoir de quelle façon elle devrait fonctionner pour réconcilier les différents intérêts en cause.

II. — *Les règles sur la conversion.*

Les règles auxquelles la conversion obéit portent d'une part sur les personnes qui peuvent exercer le droit de substitution (A.), d'autre part sur la date à laquelle la conversion doit se faire (B.), et enfin sur la question de savoir si le lieu du paiement a une influence sur l'exercice du droit de substitution (C.).

A. — *Les personnes qui peuvent exercer le droit de substitution.*

Dans le domaine des contrats dont il s'agit en matière de clause de paiement en monnaie étrangère, les personnes susceptibles d'exercer le droit de substitution, ne peuvent être que le débiteur et le créancier. Que cette faculté joue au profit du débiteur c'est une solution généralement admise. Mais est-il possible d'accorder aussi au créancier ce droit ? Nous examinerons 1° les règles de droit qui, généralement confèrent au débiteur la faculté de substitution et, 2° celles qui la refusent au créancier.

1° La faculté de conversion au profit du débiteur.

Nous avons déjà développé cette idée que la doctrine et la jurisprudence en France ainsi que l'article 244 al. 1^{er} B G B. n'accordent qu'au débiteur le droit de choisir entre la monnaie étrangère nationale. On admet cette « *facultas alternativa* » par application du principe que le débiteur doit payer dans la monnaie du lieu du paiement. Le paiement en monnaie nationale ne se fait pas « *in obligatione* » mais « *in solutione* », c'est-à-dire que la monnaie nationale substituée à la monnaie étrangère ne constitue pas l'objet de la dette, mais n'est qu'une modalité de paiement⁴⁰. En conséquence, le créancier ne peut demander, par voie d'action, que le paiement en monnaie étrangère conformément à la clause, car il appartient au débiteur de faire usage du droit de substitution. S'il ne le fait pas à temps selon les prescriptions du Code de procédure, il reste une dette libellée purement et simplement en monnaie étrangère.

(40) R G Z. vol. 101, p. 313.

2° *La faculté de conversion au profit du créancier.*

Quoique les textes de loi ne règlent pas le droit de substitution au profit du créancier, les tribunaux se sont posés la question de savoir si le créancier peut demander exclusivement ou alternativement à son gré le paiement dans la monnaie du pays où se trouve le tribunal devant lequel il a intenté l'action contre le débiteur (*moneta fori*). D'ailleurs, cette monnaie est dans la plupart des cas celle du pays du débiteur. Ce problème est souvent confondu avec la faculté de conversion telle que nous venons de l'exposer. Ainsi la jurisprudence française a maintes fois exprimé l'idée que le créancier a le droit d'exiger, par voie d'action, le paiement dans la *moneta fori*, bien qu'il ait stipulé avec son débiteur une clause de paiement en monnaie étrangère⁴¹. Cette pratique a entraîné une incertitude en ce sens que l'on se demande si le créancier est vraiment encore en droit d'exiger le paiement en monnaie étrangère. Comme M. Nussbaum le remarque, la jurisprudence en France et en Belgique semble avoir tendance à ne donner au créancier que le droit au paiement dans la monnaie du pays du tribunal éventuellement compétent; mais elle reconnaît au débiteur la faculté de se libérer dans la monnaie étrangère promise⁴². Cette opinion a été critiquée, à juste titre, par M. Nussbaum qui la considère comme une déformation complète de la volonté des parties. D'après lui, le créancier, quel que soit le siège du tribunal, n'a rien d'autre à réclamer que la monnaie étrangère stipulée.

En droit allemand, l'article 244 al. 1^{er} B G B. concerne

(41) Cass. (11 juillet 1917), S. 1918-I-215; Lyon (8 juin 1920), D. 1922-II-42; Trib. comm. Seine (20 octobre 1920), D. 1921-II-10; Paris (6 mai 1923), Clunet 1924, 638; etc.

(42) « Geld », p. 218.

seulement la conversion au profit du débiteur et ne peut être interprété dans un autre sens.

B. — *La date de conversion.*

La date de conversion est une question très délicate et fort discutée. Nous nous efforcerons de comparer la multitude des solutions relatives à cette question dans les droits français et allemand en examinant les textes de loi, la jurisprudence et les diverses thèses de la doctrine.

1° *Les prescriptions légales.*

Quant à la date de conversion, nous constatons que le droit civil français ne connaît pas de solution d'ensemble. On ne trouve aucun texte de loi contenant des prescriptions générales sur la date de conversion. Ce fait s'explique simplement par le défaut de dispositions légales d'ordre général sur la conversion elle-même ⁴³. Par contre, le Code civil allemand, certes plus récent, a réglé cette question dans son article 244 al. 2 : « La conversion se fait d'après le cours du change au temps et au lieu du paiement ».

2° *L'attitude de la jurisprudence.*

En période d'instabilité monétaire, les fluctuations du cours de change sont considérables. Par conséquent, la question de détermination de la date de conversion, c'est-à-dire le jour que l'on choisit pour calculer le cours du change, peut être d'une grande importance pour les contractants.

La jurisprudence française, en l'absence d'un texte général, présente, comme le remarque M. Hubrecht, par

(43) Voir *supra*, p. 62.

suite de ses solutions diverses un « aspect chaotique » ⁴⁴. Nous n'avons pas l'intention d'examiner, en détail, les différentes décisions dont MM. Mater ⁴⁴, Schkaff ⁴⁵ et Hubrecht ⁴⁶ ont dégagé les principes directeurs.

D'après M. Mater, on peut diviser les différentes solutions adoptées par les tribunaux en plusieurs groupes représentant chacune un système. Ces solutions ne sont d'ailleurs pas aussi incohérentes qu'il pourrait paraître au premier abord. L'auteur précité croit que les juges ont fait dépendre l'époque de la conversion de certaines questions de fait : « Le débiteur a-t-il été en retard ? a-t-il été mis en demeure ? a-t-il été de mauvaise foi ? enfin les fluctuations du change ont-elles eu pour conséquences que la conversion au jour du paiement effectif aggraverait, ou au contraire améliorerait la situation du débiteur, ou au contraire du créancier ? » ⁴⁷ En tenant compte de ces considérations, les tribunaux ont été amenés à admettre que la conversion doit se faire au jour de l'exigibilité ⁴⁸, ou bien à la date où l'obligation a été contractée, ou bien aux dates de la mise en demeure, de l'assignation, du jugement, ou enfin au jour du paiement effectif ⁴⁹.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, en droit allemand, le texte de l'article 244 al. 2 B G B. n'a pas toujours été l'objet d'une application littérale indiscutée. Malgré sa rédaction précise, il avait fallu une décision du

(44) MATER. Traité juridique de la Monnaie et du Change, 1925, pp. 271 et s.

(45) Thèse, pp. 150 et s.

(46) Thèse, pp. 310 et s.

(47) Op. cit., p. 279.

(48) Selon M. MATER, le seul texte applicable pour déterminer la date de la conversion est l'article 1153. C. civ. dont la règle générale résulte qu'en principe, la dette en monnaie étrangère se convertit au cours de l'exigibilité.

(49) Voir les références de jurisprudence française de MM. SCHKAFF et HUBRECHT.

Reichsgericht, toutes Chambres réunies⁵⁰ pour faire prévaloir la thèse que la conversion se fait d'après le cours du change au temps du paiement.

Cette décision s'élève contre les arrêts rendus par deux Chambres civiles : la 1^{re} et la 6^e qui avaient décidé le principe qu'il fallait entendre les termes « temps du paiement » art. 244, al. 2 B G B. dans le sens de « temps de l'exigibilité ». La raison de la décision de principe du 24 janvier 1921 se trouve surtout dans la nature intime des choses, et non pas seulement dans les termes des textes. Car si la loi désigne le jour de l'exigibilité, on peut, en général, présumer que le débiteur paie ce jour-là; à l'inverse, on peut prétendre que le texte « jour du paiement » a le sens naturel de « jour de paiement effectif ».

Le Reichsgericht insiste beaucoup sur la thèse que le calcul du cours du change doit se faire au jour du paiement effectif, même si celui-ci se produit avant ou après l'exigibilité de la créance. Le Tribunal Suprême ajoute que l'on pourrait arriver à la même solution, même dans l'hypothèse où l'alinéa 2 de l'article 244 B G B. n'existerait pas. Car l'idée de l'équivalence entre la somme payée en marks et la somme promise en monnaie étrangère, inhérente à cette dernière prescription, conduit fatalement à l'interprétation donnée ci-dessus.

D'ailleurs, ajoute le Reichsgericht, l'article 244, al. 2 est un texte de droit dispositif, la volonté des parties est souveraine en matière de date de conversion. Donc l'autonomie de la volonté restreint l'application de ce texte. Une autre limitation se trouve encore dans la prescription spéciale de l'article 37 W O.⁵² en vertu de laquelle une lettre

(50) R G Z. (24 janvier 1921), vol. 101, p. 312.

(51) R G Z. (4 juin 1919) vol. 96, p. 121 et (25 septembre 1919) vol. 96, p. 269; NUSSBAUM dans J W. 1920, pp. 13 et s.

(52) Voir supra, p. 31.

de change peut être payée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance lorsque son montant est libellé en une monnaie qui n'a pas cours au lieu du paiement, à moins que le tireur n'ait expressément stipulé le règlement en une monnaie déterminée.

3° *Les diverses thèses de la doctrine.*

Comme la jurisprudence, les auteurs français sont également profondément divisés au sujet de la date de conversion. Le système de M. Mater dont nous avons déjà parlé prend comme point de départ l'article 1153 du Code civil, seul le texte général susceptible de déterminer la date de la conversion. « La règle générale qui résulte de l'article 1153, expose M. Mater, serait donc la suivante : en principe, la dette en monnaie étrangère se convertit au cours de l'exigibilité. Les intérêts de droit courent du jour de la mise en demeure, sans que le créancier ait à justifier d'aucune perte. Quant la mauvaise foi (ou la faute) du débiteur a causé un préjudice au créancier, le débiteur doit être condamné, à titre de dommages-intérêts, à convertir sa dette au cours le plus désavantageux pour lui » ⁵³.

M. Hubrecht critique l'opinion de M. Mater : il fait remarquer que le système de celui-ci ne distingue point entre l'exécution d'obligation, la conversion, les dommages-intérêts, la valorisation, etc. ⁵⁴ M. Hubrecht défend la thèse adoptée par la majorité des tribunaux qui déclarent que « la conversion doit se faire d'après le cours du jour du règlement, sauf accord exprès ou tacite pour un autre cours » ⁵⁵. Son argument principal est le même

(53) V. Op. cit., p. 273.

(54) Thèse, pp. 318-319.

(55) Thèse, p. 320.

que celui du Reichsgericht se basant sur l'idée de l'équivalence⁵⁶.

Par la force même des choses, les auteurs allemands discutent aussi assez vivement sur la question de la date de conversion. La controverse porte surtout sur l'hypothèse où le cours de change de la monnaie étrangère stipulée baisse après l'exigibilité de la créance. M. Nussbaum, dans ce cas, nie que le débiteur doive supporter le préjudice, parce que, dit-il, ce serait manifestement contraire au contrat et à l'équité⁵⁷. Les auteurs opposés à l'opinion de Nussbaum invoquent le droit du créancier de réclamer des dommages-intérêts du fait du retard du paiement (art. 326 B G B.), mais selon M. Nussbaum, le raisonnement que nous venons de résumer est indéfendable pour plusieurs raisons : D'abord, il est fort douteux que le débiteur en retard soit obligé de restituer au créancier le montant résultant de la différence des cours, surtout au cas où la loi limite en matière de dette de somme d'argent, le préjudice né du fait du retard au paiement des intérêts moratoires légaux⁵⁸. De plus, le créancier subirait un dommage par suite d'une conversion à la date de l'exigibilité dans l'hypothèse où le retard du paiement ne serait pas imputable au débiteur, mais résulterait d'un fait de force majeure ou d'un moratoire. Dans cette hypothèse, libérer le débiteur de l'obligation de payer la somme déterminée par la différence des cours parce que le retard ne lui est pas imputable, serait une idée tout à fait irrationnelle; car il ne s'agit pas ici de dommages et intérêts pour cause de demeure imputable au débiteur, mais le créancier doit

(56) Voir supra, p. 78; R G Z. vol. 101, p. 312.

(57) « Geld », p. 212.

(58) Art. 288 B G B. : « La dette d'une somme d'argent produit quatre pour cent d'intérêts par an pendant la demeure... ».

recevoir pleinement ce que le débiteur lui avait promis dans le contrat. L'argument que l'obligation du débiteur d'exécuter le contrat est aggravée par l'évolution du cours du change vaut d'autant moins que la faculté de substitution constitue une faveur pour le débiteur et, par contre, un désavantage pour le créancier.

SECONDE PARTIE

LA CLAUSE-OR ET LA CLAUSE DE PAIEMENT EN MONNAIE ETRANGERE DEVANT LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

Dès la guerre de 1914-1918 qui est à l'origine de tous les troubles monétaires le problème des clauses de garantie était devenu important. C'est pour cette raison que la jurisprudence allemande ne s'est occupée, à proprement parler, de ces clauses qu'à partir de cette période.

L'histoire de la monnaie allemande nous a déjà montré l'évolution de l'effondrement du mark contre laquelle les créanciers cherchaient à se protéger au moyen de l'insertion de clauses de garantie. Nous avons, dans notre première partie, examiné la question de la clause-or et de la clause de paiement en monnaie étrangère au point de vue du droit théorique. C'est dans cette seconde partie que nous étudierons d'une façon approfondie l'attitude de la jurisprudence allemande en cette matière. En tenant compte des faits principaux qui caractérisent l'évolution de la monnaie allemande après la guerre, nous nous pro-

posons d'examiner la jurisprudence sous trois points de vue qui font chacun l'objet d'un chapitre :

I. Les litiges ayant pour cause la dépréciation de la monnaie allemande.

II. Les litiges nés par suite de la dévaluation de la livre sterling et du dollar.

III. Les litiges ayant pour objet les effets restrictifs de la législation sur les devises.

CHAPITRE PREMIER

LES LITIGES AYANT POUR CAUSE LA DEPRECIATION DE LA MONNAIE ALLEMANDE

La dépréciation de la monnaie allemande dans les années 1914-1923 eut comme conséquence d'ébranler sérieusement la théorie nominaliste en législation, doctrine et jurisprudence. Il était devenu évident que l'application stricte du principe nominaliste conduisait à des résultats contraires à l'équité et au bon sens. C'était d'abord l'œuvre de la doctrine de s'attaquer aux solutions qui se basaient sur la fiction traditionnelle « mark égal mark ». La jurisprudence, avec beaucoup de prudence, n'a suivi les auteurs que tardivement. En raison de ce revirement jurisprudentiel nous diviserons ce chapitre en deux sections : la première concernera les décisions s'inspirant du principe nominaliste, la seconde sera relative aux décisions s'inspirant du métallisme et établissant l'idée de la valorisation judiciaire.

SECTION I

DÉCISIONS S'INSPIRANT DU NOMINALISME MONÉTAIRE TRADITIONNEL.

Pendant la guerre et aussi dans les premières années d'après-guerre, malgré la dépréciation croissante du mark,

la jurisprudence allemande se trouvait sous l'influence de la théorie nominaliste de la monnaie qui était dominante en Allemagne comme dans les autres pays. D'après cette théorie, l'objet d'une dette d'argent est déterminé par le montant nominal, ce qui s'exprime par la formule bien connue « mark égal mark ». Il est intéressant de constater que la législation allemande ne connaît pas de disposition semblable à l'article 1895 du Code civil français qui prescrit le principe nominaliste. Certes, les partisans du nominalisme trouvent dans les prescriptions relatives au pouvoir libératoire et à l'inconvertibilité du billet de banque des arguments de texte dont la valeur est d'ailleurs discutée. Nous allons exposer, par la suite, des décisions caractéristiques qui s'inspirent du nominalisme monétaire traditionnel. Nous y procéderons selon deux points de vue qui résultent de l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914¹ : 1° Les décisions relatives aux clauses de garantie stipulées *avant* le 31 juillet 1914; 2° Les décisions relatives aux clauses de garantie stipulées *après* le 31 juillet 1914.

§ 1. *Décision relative aux clauses de garantie stipulées avant le 31 juillet 1914.*

Comme nous l'avons déjà exposé dans notre première partie², l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 avait invalidé les clauses-or stipulées antérieurement au 31 juillet 1914. La jurisprudence en se conformant à ce texte, malgré la dépréciation croissante du mark après la

(1) Voir supra, pp. 9 et 37 (1^{re} partie).

(1 bis) Nous renonçons à donner une analyse des décisions rapportées dans cette section pour ne pas reprendre les développements de notre première partie.

(2) Voir supra, p. 35.

guerre, l'opposa aux contrats portant la clause-or passés avant cette date.

Dans ce sens, nous trouvons une série de décisions notamment un arrêt de principe, l'arrêt du Reichsgericht (5^e Chambre civile) du 18 décembre 1920 (V 278/20) ³. Il s'agissait, en l'espèce, de deux questions à trancher, à savoir : l'interprétation d'une convention d'après laquelle le débiteur devait payer en monnaie allemande, notamment en pièces d'or du Reich (I) ; ensuite la question de savoir si l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 permettait au débiteur de se libérer, en payant le montant nominal en papier-monnaie le jour de l'échéance (II).

I. Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de constitution d'hypothèque stipulé en 1904 dans lequel les parties avaient inséré la clause que le débiteur devait rembourser le créancier en monnaie allemande, en particulier en pièces d'or du Reich. En vertu de la stipulation, l'emprunteur résilia le contrat en 1919 et demanda en justice de trancher s'il était obligé de rembourser la défenderesse (prêteur) et s'il était soumis à cette obligation à condition que l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 soit encore en vigueur. Le demandeur prétend que la convention des parties portant sur le remboursement en or est devenue nulle en vertu de ladite ordonnance. Il lui est, d'ailleurs, impossible de payer en pièces d'or. La défenderesse, par conséquent, n'aura pas le droit d'exiger le paiement en or, mais elle est, au contraire, tenue d'accepter à l'échéance le montant de l'emprunt, sans agio, en marks-papier, ce paiement libérant absolument le débiteur. La défenderesse qui contesta le bien-fondé des conclusions de son adversaire intenta, à son tour, une action reconventionnelle afin de

(3) R G Z. vol. 141, p. 141.

demander des dommages et intérêts parce que le paiement ne peut se faire en or.

La défenderesse est d'avis que la clause-or qu'elle avait stipulée avec la demanderesse, ne peut être interprétée que comme une clause valeur-or; par conséquent, elle devrait payer une somme en marks-papier égale au montant du prêt remboursable en pièces d'or du Reich. Une telle convention ne tomberait pas sous le coup de l'ordonnance du 28 septembre 1914. Il faudrait, éventuellement, interpréter ainsi la clause en vertu des articles 140⁴ ou 157⁵ du Code civil allemand puisqu'une lacune se trouve dans le contrat. La défenderesse insiste sur l'effet suspensif de l'ordonnance et refuse l'exception de l'impossibilité. D'ailleurs, elle serait disposée à accepter des marks-papier, compte tenu de la dépréciation de ceux-ci. De toute façon, déclare-t-elle, la demanderesse aurait à répondre de sa soi-disante impossibilité parce que c'était elle qui avait résilié le contrat.

Le tribunal de 1^{re} instance s'était prononcé en faveur du débiteur; par contre, celui-ci fut débouté de sa demande par le tribunal de 2^e instance en ce sens que ce dernier lui refusa le droit de rembourser l'emprunt en payant le montant nominal en marks papier.

Le Reichsgericht fut saisi par la demanderesse de cette question et, en acceptant entièrement la théorie nominaliste de la monnaie, il infirma l'arrêt du tribunal de 2^e instance, c'est-à-dire il donna gain de cause au débiteur. L'arrêt du Tribunal Suprême affirme avec une netteté qui ne laisse subsister aucun doute que la convention des parties constitue une clause espèces-or. Les parties auraient pu stipuler, déclare-t-il, que le montant à rembourser par le débiteur

(4) Voir supra, p. 47.

(5) Voir supra, p. 47, n. 44.

devrait correspondre à la valeur-or du montant du prêt. Mais, ajoute la décision, les contractants ne l'ont pas fait.

En effet, le texte même de la clause ne donne aucun appui en faveur de l'interprétation de la défenderesse, d'autant plus que c'était celle-ci qui avait rédigé minutieusement les conditions du prêt, ainsi la stipulation du paiement en espèces-or. Il faut encore y ajouter, dit l'arrêt, que l'inscription de la clause en tant que clause valeur-or sur le registre foncier aurait été contraire à la règle des articles 1113 et 1115 B G B. d'après laquelle les hypothèques doivent contenir l'énoncé d'un montant déterminé en monnaie allemande⁶. Le Reichsgericht confirme par là l'interprétation des instances inférieures. Il considère la prétendue violation de l'article 140 B G B. comme injustifiée. Certes, il reconnaît que l'interprétation de la stipulation de garantie comme clause espèces-or entraîne sa nullité en vertu de l'ordonnance du 28 septembre 1914, mais cela ne peut avoir du tout comme effet juridique qu'une autre convention, ayant un caractère différent, se met à la place de la clause paralysée. Il ajoute à cette constatation qu'il n'est pas non plus possible d'appliquer le principe d'interprétation des lacunes d'un contrat d'après la règle de l'article 157 B G B. d'après laquelle « les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la bonne foi et l'intention des parties selon l'usage ».

II. Le problème de l'interprétation de la clause résolu, la décision du Reichsgericht porte dans sa seconde partie sur la question de savoir si l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 permet au débiteur de se libérer — en payant le montant nominal — en marks-papier au jour de l'échéance.

(6) Voir *supra*, p. 31; cf. R G Z. vol. 50, p. 145.

Le juge d'appel avait décidé que, d'une part, la demanderesse (débiteur) n'était pas obligé, en vertu de la susdite ordonnance, de payer en pièces d'or du Reich, mais qu'elle n'avait pas, d'autre part, non plus le droit de se libérer par le paiement en papier-monnaie en remboursant le montant nominal de l'emprunt. Le juge d'appel avait motivé cette thèse en se basant sur le caractère provisoire de l'ordonnance du 28 septembre 1914 qui, dans sa qualité de texte exceptionnel, est à interpréter plutôt d'une façon restrictive que d'une façon extensive. D'ailleurs, ajoute-t-il, on évite par cette interprétation un préjudice du créancier. Le Reichsgericht rejette cette conception valoriste par les *motifs suivants* :

La décision du Tribunal Suprême déclare que l'ordonnance du 28 septembre 1914 n'a qu'un caractère provisoire. Mais on ne saurait interpréter ce texte en disant que le droit du créancier au paiement en or, tout en subsistant, est en suspens. Si le législateur avait voulu cela, il aurait dû le dire d'une façon nette. Les termes « *bis auf weiteres* » (jusqu'à nouvel ordre) s'expliquent plutôt, comme dans d'autres ordonnances de guerre, par le fait que la mesure n'était considérée que comme provisoire et que son abrogation s'imposerait aussitôt que les circonstances auraient changé. Tant que cette abrogation ne s'est pas encore produite, la clause-or reste sans efficacité et, par conséquent, le droit du créancier se borne au paiement de ce qu'il peut exiger au cas où une clause-or n'aurait pas été stipulée. Donc, le débiteur, poursuit l'arrêt, peut se libérer de sa dette au jour de l'échéance par le paiement du montant nominal exprimé en marks-papier. La décision ajoute que l'opinion opposée irait à l'encontre du but de ladite ordonnance, car, pendant une période de cours forcé, l'inefficacité provisoire de la clause-or est nécessaire pour la

protection des débiteurs contre l'abus résultant de l'exercice du droit du créancier.

En conséquence, selon le Reichsgericht l'interprétation de la demanderesse est exacte. Celle-ci a le droit de rembourser, à l'échéance, la dette hypothécaire en papier-monnaie pour sa valeur nominale. Une autre interprétation ne peut être acceptée; le fait que la demanderesse a résilié le contrat n'y peut rien changer, car elle avait le droit de le faire en vertu des conditions de l'emprunt. En exerçant son droit, elle n'a pas agi contre le principe de la bonne foi.

Le Reichsgericht a donc tranché le litige en déclarant que le débiteur est libéré par le paiement de l'emprunt en marks-papier, sans agio, malgré l'insertion d'une clause espèces-or qui, annulée par suite du cours forcé ne peut être interprétée comme une clause valeur-or valable.

§ 2. *Décision relative aux clauses de garantie
stipulées après le 31 juillet 1914.*

Tandis que l'ordonnance du Conseil fédéral du 28 septembre 1914 frappa de nullité les clauses espèces-or stipulées *antérieurement* au 31 juillet 1914, c'était la loi d'Empire sur le cours forcé du 4 août 1914 qui paralysait l'efficacité des stipulations de paiement en espèces-or passées *après* le 31 juillet 1914.

Nous trouvons une décision du Reichsgericht (5^e Chambre civile) du 11 janvier 1922 interprétant une convention en vertu de laquelle le paiement devait se faire en monnaie d'or allemande ⁷.

I. *Les faits.*

Il s'agit, en l'espèce, d'un prêt hypothécaire se mon-

(7) R G Z. vol. 103, p. 384.

tant à la somme de 55.000 marks et stipulé au début des hostilités à une époque postérieure à l'ordonnance du 28 septembre 1914. L'inscription sur le registre foncier contenait la clause que tous les paiements devaient être effectués « en monnaie-or allemande ». En 1919, se produisit un différend entre les parties par suite du fait que le débiteur était en retard pour le paiement des intérêts. Le créancier exigeait le remboursement de l'hypothèque qui, selon lui, était échue. En février 1920, le débiteur remboursa l'emprunt hypothécaire pour sa valeur nominale de 55.000 marks en papier-monnaie. En même temps, il intenta une action pour faire confirmer par le juge qu'il était libéré de sa dette par ce paiement et pour faire condamner le créancier à la restitution de l'acte constitutif et dernièrement pour obtenir la radiation de l'hypothèque.

La défenderesse (créancier), en revanche, intenta une action reconventionnelle en vue de faire condamner la demanderesse à payer la somme de 55.000 marks avec les intérêts respectifs en monnaie-or allemande, compte tenu du cours de celle-ci au jour de l'échéance.

Le tribunal de 1^{re} instance donna gain de cause à la demanderesse et rejeta l'action reconventionnelle de la défenderesse. Celle-ci interjeta appel et modifia son action reconventionnelle en ce sens qu'elle demanda de condamner la partie adverse à payer ladite somme de 55.000 marks en monnaie-or allemande sur la base du cours du jour du paiement, déduction faite des 55.000 marks-papier.

Le tribunal de 2^e instance rejeta l'appel de la défenderesse. Le Reichsgericht confirma les décisions des instances inférieures.

II. *Les motifs.*

1° L'interprétation de la clause qui parle de « Goldwährung » (monnaie-or) et non de « Goldmünzen » (espèces-or) comme clause espèces-or est exacte. Il faut rejeter l'opinion de la défenderesse qui insiste sur l'interprétation littérale du texte de la clause, car une monnaie-or allemande (s'il faut entendre par monnaie le système monétaire), n'existait plus depuis le 4 août 1914, jour où le cours forcé fut déclaré.

2° En second lieu, l'arrêt du 11 janvier 1922 ne considère pas non plus comme fondé l'argument de la défenderesse que le juge d'appel n'avait point apprécié le but de la clause stipulée. Certes, comme le cours des événements l'a démontré, le créancier aurait eu un intérêt de stipuler une clause valeur-or. Mais qu'il en soit ainsi, cela ne résulte pas de la clause, telle qu'elle se présente. D'ailleurs, le juge d'appel le constate d'une façon incontestable, les deux parties n'ont pas prévu le cours des événements, en particulier la disparition des pièces d'or allemandes de la circulation. Il n'y a pas non plus de lacune dans le contrat que l'on pourrait interpréter en faveur de la défenderesse puisqu'à l'époque où les pièces d'or disparurent de la circulation, période de sécurité monétaire de l'Allemagne, les créanciers n'avaient pas besoin d'invoquer la clause-or.

Finalement, conclut la décision, une clause-or que la défenderesse veut faire interpréter comme une valeur-or, n'aurait pu être inscrite sur le registre foncier pour cause de violation du principe de la spécialité des hypothèques⁸. En conséquence, l'interprétation du juge d'appel, en ce qui concerne la nature de la clause, est exacte.

(8) Voir *supra*, p. 31; R G Z. vol. 50, p. 145.

3° En troisième lieu, l'arrêt de la 5^e Chambre civile rejette la conclusion de la partie défenderesse s'attaquant aux conséquences de l'interprétation laquelle considère la clause comme une clause espèces-or. En effet, dans cette hypothèse, il faut appliquer l'article 245 B G B. qui prescrit que si une dette d'argent doit être payée en une monnaie déterminée qui n'a plus cours au temps du paiement, celui-ci doit être presté comme si cette monnaie n'avait pas été fixée. L'application de cette prescription, en l'espèce, ne peut être douteuse, les pièces d'or du Reich ayant disparu de la circulation à l'époque où la demanderesse avait effectué le paiement.

L'argument de la défenderesse qui dit que le débiteur doit répondre, en vertu de l'article 279 B G B., de son incapacité personnelle de faire la prestation en pièces d'or du Reich, n'est pas non plus fondé⁹ parce que cette dernière prescription ne peut être appliquée dans l'hypothèse d'une dette d'argent à payer en une monnaie déterminée qui, de son côté, tombe sous le coup de l'article 245 B G B. Il est vrai qu'une telle dette ne s'éteint pas si la monnaie déterminée disparaît de la circulation, mais elle se transforme dans ce cas en une dette d'argent ordinaire.

4° L'arrêt du 11 janvier 1922 réfute, en dernier lieu, la thèse de la partie défenderesse qui prétend que le juge d'appel a violé le principe d'interprétation de l'article 140 B G B. Cette opinion s'appuie sur un raisonnement qui nous est déjà familier¹⁰ : si les parties avaient prévu que la clause litigieuse en tant que clause espèces-or fût pa-

(9) Art. 279 : « Si l'objet dû n'est déterminé que dans son espèce, tant que la prestation d'un objet de cette espèce est encore possible, le débiteur répond de son incapacité personnelle de faire la prestation, même lorsqu'il n'est pas en faute.

(10) Voir *supra*, p. 79.

ralysée par les effets du cours forcé, elles auraient stipulé une clause valeur-or. Mais le Tribunal Suprême conteste la possibilité d'appliquer, en l'espèce, cette prescription, parce que sa condition essentielle, à savoir la nullité de l'acte juridique, n'est pas réalisée.

SECTION II.

DÉCISIONS S'INSPIRANT DU MÉTALLISME ET ÉTABLISSANT L'IDÉE DE LA VALORISATION JUDICIAIRE

L'introduction des monnaies de compte et la création du « Rentenmark » en Allemagne au cours de l'année 1923 avaient pour conséquence que la question de savoir de quelle manière la dépréciation monétaire influait sur les contrats existants se posait dans des termes de plus en plus pressants. Bien qu'il y eût des projets de loi à ce sujet, la législation n'avait réglé que des questions de détail. Faute de textes législatifs sur le problème de la valorisation des créances devenues insignifiantes par suite de l'effondrement catastrophique du mark, les créanciers saisirent les juridictions pour que celles-ci leur donnassent gain de cause. Les tribunaux restaient d'abord tout à fait dans le cadre de la théorie nominaliste et refusaient catégoriquement, pour des raisons que nous venons d'exposer dans la section précédente, les demandes de valorisation des créancier. La règle « Mark gleich Mark » fut appliquée dans toute sa rigueur. Ce ne fut qu'en 1923 que le nominalisme jurisprudentiel subit un échec tout au moins partiel. La Cour d'appel de Darmstadt, dans deux arrêts du 29 mars 1923 et du 18 mai 1923, avait déclaré nul le remboursement en monnaie dépréciée d'une dette hypothécaire

contractée en marks-or ou en marks-papier avant la dépréciation de la monnaie allemande. La Cour s'efforça de s'appuyer sur des considérations d'équité et de bonne foi (art. 138, 157, 242 B G B.) qui s'opposent à ce que le créancier doive seul supporter les conséquences de l'effondrement monétaire; le risque en résultant devrait, au contraire, être partagé entre les parties. Les décisions invoquent en outre, pour motiver la valorisation de la créance, l'article 607 B G B. qui prescrit : « Celui qui reçoit en prêt de l'argent ou d'autres choses fongibles doit restituer au prêteur ces choses en égales espèces, qualité et quantité. » L'arrêt du 18 mai 1923 pêche même par exagération en prétendant : « Le caractère essentiel d'une monnaie légale est qu'elle doit être acceptée en paiement à sa valeur nominale. Il est fait toutefois exception à cette règle lorsque, par la force même des choses et les conditions du trafic, cette monnaie n'est plus acceptée dans ces conditions. » Cette manière de voir niait même le principe de la valeur légale, « ce qui est exagéré et destructeur », comme le dit M. James ¹¹.

Ce fut le fameux arrêt du Reichsgericht du 28 novembre 1923 qui consacra finalement le principe de la valorisation des dettes privées ¹². Bien qu'il s'agît, en l'espèce, d'une créance hypothécaire, le Tribunal de l'Empire étendait ses arguments à tous les genres de créances ce qui donne à la décision sa portée générale. La grande majorité des tribunaux ont accepté les arguments du Reichsgericht en matière de valorisation. Ainsi la jurisprudence allemande avait adopté l'idée de valorisation avant que le législateur eût réglé cette question. Mais, pour des raisons d'Etat, elle ne voulait pas abandonner le nominalisme

(11) Thèse, p. 87.

(12) R G Z. vol. 107, p. 78.

monétaire en tant que principe théorique. Elle cherchait à démontrer avec beaucoup de soin la comptabilité entre la valorisation et le principe nominaliste, car elle continuait à prétendre que le nominalisme constitue un élément nécessaire et incontestable du droit en vigueur.

Par la suite, nous allons analyser un certain nombre de décisions du Reichsgericht qui acceptent l'idée de la valorisation judiciaire. Nous adopterons ici encore le même plan que dans la section précédente, étant donné que la Cour suprême de Leipzig distingue toujours, dans ses arrêts, entre les clauses-or stipulées *avant* le 31 juillet 1914 et celles passées *après* cette date. En conséquence, le premier paragraphe sera consacré aux décisions relatives aux conventions passées avant le 31 juillet 1914, le second paragraphe aux décisions relatives aux conventions stipulées après le 31 juillet 1914.

§ 1^{er}. *Décisions relatives aux clauses de garantie stipulées avant le 31 juillet 1914.*

Nous venons de parler du revirement de jurisprudence en matière de valorisation qui s'est produit dans la décision célèbre du Reichsgericht du 28 novembre 1923. Il nous reste à rapporter et à analyser cet arrêt de principe avant d'examiner d'autres décisions.

I. *L'arrêt de la 5^e Chambre civile du Reichsgericht du 28 novembre 1923.*

L'arrêt du 28 novembre 1923 tranche la question suivante : Le créancier d'une dette hypothécaire peut-il exiger la valorisation de sa créance, étant donné la dépréciation du papier-monnaie allemand, peut-il notamment

refuser de donner l'autorisation de faire radier l'hypothèque et de rendre l'acte constitutif d'hypothèque si le débiteur ne lui offre que la valeur nominale de sa créance en papier monnaie.

1° *Les faits.*

La demanderesse est propriétaire d'un immeuble inscrit sur le registre foncier de l'ancien Tribunal cantonal de Lüderitzbucht (Sud-Ouest Africain); la défenderesse est créancière d'une hypothèque de 13.000 marks constituée sur cet immeuble en 1913. A l'échéance de la créance hypothécaire, en 1920, la demanderesse (débiteur) remboursa le capital et paya les intérêts échus en remettant au créancier une somme de 18.980 marks. La défenderesse (créancier) refusant de donner son autorisation de faire radier l'hypothèque et de rendre l'acte constitutif de celle-ci, le débiteur demande de condamner l'autre partie à procéder à ces deux formalités. La raison du refus de la défenderesse s'explique par le fait qu'il s'agit d'une créance hypothécaire accompagnée d'une clause espèces-or. Le tribunal de 1^{re} instance donna gain de cause à la demanderesse, le Kammergericht (Cour de Berlin) la débouta. Le Reichsgericht infirma la décision du Kammergericht.

2° *Les motifs.*

L'arrêt du Reichsgericht se base dans ses considérants uniquement sur l'article 242 B G B. qui prescrit : « Le débiteur doit accomplir la prestation en se conformant aux usages, avec exactitude et bonne foi ». Cette disposition donne, selon la 5^e Chambre civile, la possibilité de fonder juridiquement en droit positif allemand la valorisation des créances. Cette manière de voir vaut

d'autant plus pour les créances hypothécaires que le débiteur a bénéficié d'une augmentation de valeur de son immeuble, tout au moins en marks-papier, par suite de la dépréciation de la monnaie allemande ce qui constitue, en tout cas, un « Ausgleich » (compensation).

C'est ainsi le grand principe d'équité qui entraîne comme conséquence que l'on doit tenir compte des intérêts respectifs des deux parties. Cette considération n'a aboutit pas à ériger comme principe que chaque créance hypothécaire peut être valorisée ou que le taux de valorisation doit-être le même dans tous les cas selon la proportion de la valeur entre le mark-or et le mark-papier. Au contraire, il faudrait examiner chaque affaire particulière en tenant compte des circonstances de l'espèce, comme par exemple de la situation pécuniaire du débiteur, de celle du créancier, etc.

Le Reichsgericht base sa solution sur une thèse qui déclare que les prescriptions de la législation monétaire allemande ne sont pas contraire à la possibilité d'une valorisation. Celle-ci fondée sur le principe de l'équité ne s'oppose pas au cours forcé. Le législateur, en édictant les mesures de guerre concernant la monnaie, n'avait pas pensé à une dépréciation considérable du mark, dépassant toutes les prévisions. Etant donné l'état excellent de l'économie et des finances allemandes d'avant-guerre, toutes ces mesures de guerre étaient édictées dans un esprit qui ne mettait pas en doute l'équivalence entre les pièces d'or d'une part et les billets de banque et bons du Trésor d'autre part. L'ordonnance du 28 septembre 1914 est même motivée par l'idée qu'une inefficacité provisoire des clauses-or ne pourrait guère désavantager le créancier.

Par suite de l'effondrement du mark, un conflit s'est

produit entre les mesures de guerre relatives à la monnaie d'une part et le principe de la bonne foi de l'article 242 B G B., prescription dominant toute la vie juridique, d'autre part. Dans ce conflit de lois, c'est le texte de portée générale, l'article 242, qui doit primer les lois monétaires. D'ailleurs, poursuit la décision, il s'est de plus en plus avéré dans les dernier temps que la législation du Reich n'a pas maintenu sans restriction le principe « Mark = Mark », parce que les lois monétaires ne tiennent plus compte des exigences de la situation économique complètement modifiée par l'inflation.

Après avoir énuméré ces lois, l'arrêt expose l'évolution de la jurisprudence du Reichsgericht à l'égard du principe « mark égal mark ». Au cours d'une certaine évolution, le Tribunal suprême a abandonné progressivement ce principe dans les différents types de contrats. Ainsi, un arrêt concernant un litige sur la restitution du contenu de l'inventaire d'un bail à ferme déclare que le mark-or qui était à la base de l'estimation antérieure et le mark-papier dans lequel la restitution doit se faire, ne sont pas comparables au point de vue économique malgré leur même valeur légale³. Une autre décision a reconnu que, dans des contrats de longue durée concernant des immeubles, une modification considérable de la valeur par suite de la dépréciation monétaire et troublant l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation, peut justifier la clause *rebus sic stantibus*, car les prestations en argent ne représentent qu'une fraction infime de la valeur qui fut prise pour base de calcul de la contre-prestation¹⁴. En conséquence, la base d'affaires (*Geschäfts-*

(13) R G Z. vol. 104, p. 394.

(14) R G Z. vol. 106, p. 7.

grundlage) sur laquelle se fondent les prestations des deux contractants, n'existe plus¹⁵.

Il est vrai que les décisions précitées du Reichsgericht, poursuit l'arrêt du 28 novembre, ne concernent que des créances résultant de contrats bilatéraux, tandis qu'il s'agit, en l'espèce, d'un prêt hypothécaire. Mais il est tout à fait certain d'après les motifs exposés ci-dessus que l'idée de la valorisation peut être également acceptée en matière de prêts hypothécaires. Même dans cette hypothèse existe la condition de l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation. Du reste, la prescription de l'article 607 B G B.¹⁶ exprime cette idée avec netteté en parlant de l'obligation de l'emprunteur de restituer au prêteur des choses en égales espèces, qualité et quantité. Par conséquent, l'obligation du débiteur aussi bien que la volonté des parties ont pour objet de rembourser l'argent non seulement en quantité égale, mais aussi en qualité égale. Si les contractants fixent la somme à rembourser dans la monnaie de leur pays, ils le font, car ils ont confiance que cette monnaie représente, dans les limites de certaines oscillations normales, un instrument de mesure constant. Il est vrai que les lois monétaires ont partiellement battu en brèche le principe que l'emprunteur d'une somme d'argent doit la restituer en qualité égale, car le législateur impose sa volonté aux particuliers en ce sens que la monnaie possède, en temps normal, la qualité requise par l'article 607 B G B. Il est exacte que le créancier doit supporter, dans cette mesure, le risque d'une dépréciation monétaire. Mais ce principe s'effacera en cas d'un effondrement de la monnaie non prévisible à l'époque où les mesures monétaires sont entrées en vigueur, car son

(15) WARNEYER, 1923, N° 29.

(16) Voir *supra*, p. 87.

application conduirait à des résultats qui ne seraient plus compatibles avec la prescription de l'article 242 B G B. Ce serait le principe de la bonne foi d'après lequel on apprécierait dans chaque espèce si le degré de la dépréciation est suffisant pour que l'article 242 B G B. soit applicable.

D'ailleurs, on arrive également au même résultat de considérer la valorisation comme valable, quand on interprète le contrat de façon que l'on tienne compte de son but, c'est-à-dire en se posant la question de savoir ce que les parties auraient stipulé si elles avaient prévu la possibilité d'une forte dépréciation de la monnaie et si elles avaient suivi le principe de la bonne foi (art. 157 B G B.). Si la volonté des parties est telle que le montant la dette doive augmenter en cas d'une dépréciation de la monnaie, une convention comme celle-ci serait valable ¹⁷. Les prescriptions de la législation monétaire, comme la loi du 1^{er} juin 1909 ou celle du 4 août 1914, ne s'opposent point à la stipulation qui déroge aux effets des cours légal ou forcé.

En raison de tous ces arguments, conclut le Reichsgericht, il faut répondre affirmativement à la question de savoir si la valorisation d'une créance hypothécaire à cause de la forte dépréciation du papier-monnaie allemand est valable.

3° Analyse de l'arrêt.

L'importance de cet arrêt de principe nous oblige à ajouter certaines observations qui préciseront notre opinion sur l'attitude du Reichsgericht à l'égard du problème de la valorisation. Nous avons exposé que la décision du

(17) R G Z. vol. 100, p. 79.

28 novembre 1923 a basé, tout au moins accessoirement, la valorisation sur la volonté des parties et l'interprétation du contrat. Certains de ses arguments nous paraissent peu solides sans que nous contestions qu'une telle interprétation se trouve en contradiction absolue avec l'intention des contractants. Il est vrai que la plupart des dettes d'argent portent sur une valeur qui se fixe, comme la décision ci-dessus le remarque, d'après ce que les parties auraient stipulé en vue du but de leur contrat si elles avaient prévu la possibilité d'une forte dépréciation de la monnaie et en avaient tenu compte en se conformant au principe de la bonne foi. Mais il est dans la nature du cours forcé que celui-ci ne tient pas compte de ces considérations de droit privé pour des raisons d'Etat. En conséquence, on ne peut justifier la valorisation par la volonté des parties et l'interprétation du contrat. Si c'était autrement, une valorisation entière de 100 % devrait intervenir dans tous les cas.

Par contre, nous adhérons à l'argument que la Cour suprême met au premier plan pour justifier la valorisation judiciaire. Cet argument tend à prouver que la proclamation du cours forcé n'avait pas visé les conséquences d'une dépréciation anormale de la monnaie, comme elle s'est produite après la guerre, et qu'elle ne s'oppose pas à une valorisation basée sur le principe de la bonne foi.

Un auteur, M. *Eckstein*, objecte à la thèse du Reichsgericht — sans que nous soyons d'accord avec lui à ce sujet — qu'il n'approuve pas l'idée du Tribunal Suprême de se servir uniquement de l'article 242 B G B. comme base légale, car une telle interprétation ne se justifierait pas à l'égard d'une loi sans lacunes¹⁸. Si le Reichsgericht croit

(18) Thèse, p. 98.

que le cours des événements n'est pas prévu par la loi et qu'une lacune de celle-ci en résulte, il ne peut exister, selon l'auteur précité, qu'un conflit apparent entre la législation monétaire d'une part et l'article 242 B G B. d'autre part. Ainsi, la valorisation, conclut-il, constitue un « Ausgleich » (compensation) du préjudice causé au créancier par les conséquences non prévues du cours forcé.

Pour être complet, il nous paraît nécessaire d'exposer, sommairement il est vrai, la thèse de M. *Mügel*, partisan intransigeant de la valorisation, au point de vue de la justification juridique de celle-ci ¹⁹. L'auteur n'admet pas que le juge, en règle générale, ait le droit de substituer souverainement l'équité à la volonté des parties, ce qui constituerait une violation du principe de la liberté des conventions. Il aurait, cependant, le droit d'intervenir en ce sens en cas de circonstances extraordinaires, comme le sont l'effondrement d'une monnaie et l'incapacité de la législation de faire face à ce changement total de la base du droit monétaire. Etant donné cet état des choses, les juridictions étaient obligées d'interpréter extensivement et d'appliquer des prescriptions auxquelles on n'aurait jamais auparavant attribué un tel sens, et cela dans le but de maintenir les principes du droit. Il fallait tenir compte du fait que le contenu de l'obligation d'un débiteur d'argent était devenu incertain, car les prescriptions résultant du cours forcé avec son nominalisme rigoureux supposent une situation monétaire normale.

Par conséquent, une application de l'article 242 B G B. était devenue inévitable. Néanmoins, on ne peut négliger le fait que législation et pratique ont maintenu, pendant des années, le principe « mark = mark ». Il paraît donc

(19) MÜGEL. Das gesamte Aufwertungsrecht, Berlin, 1927, pp. 160-161.

plus juste de prendre comme point de départ la valeur nominale de la dette et d'examiner dans chaque cas si la bonne foi exige une valorisation de la somme due.

II. *La décision du Reichsgericht (5^e Chambre civile) du 16 janvier 1924* ²⁰.

Dans l'arrêt du 16 janvier 1924, le Reichsgericht a admis, comme dans toutes les autres décisions postérieures à celle du 28 novembre 1923, l'idée de la valorisation judiciaire. Il ne nous semble plus nécessaire d'exposer la décision in extenso. Nous nous bornerons à en reproduire certains passages caractéristiques.

Il s'agit, en l'espèce, d'une clause-or stipulée *avant* le 31 juillet 1914. En vertu de l'ordonnance du 28 septembre 1914, le créancier peut réclamer seulement ce qui lui serait dû au cas où une clause-or n'aurait pas été stipulée. Mais par l'application des nouveaux principes d'interprétation énoncés dans l'arrêt du 28 novembre 1923 qui admet la valorisation de la créance personnelle, le débiteur n'est plus fondé en droit à rembourser la créance hypothécaire pour sa valeur nominale. Par contre, le créancier peut réclamer le paiement de la somme due en papier-monnaie augmentée d'un « Aufgeld » (prime), ce dernier se fixant selon la situation réciproque des contractants.

La décision donne encore certaines considérations intéressantes sur l'effet que la stipulation d'une clause-or peut éventuellement avoir sur le taux de la valorisation, car il faut tenir compte du fait que le créancier avait voulu se protéger contre une dépréciation monétaire possible. Il serait plutôt justifié d'accorder à un créancier qui avait

(20) R G Z. vol. 107, p. 400.

stipulé le remboursement en or une valorisation plus grande qu'à un créancier ordinaire.

§ 2. — *Décisions relatives aux clauses de garantie stipulées après le 31 juillet 1914.*

Parmi les décisions du Reichsgericht ayant pour objet des litiges sur des clauses de garantie stipulées *après* le 31 juillet 1914, nous relevons trois arrêts qui nous paraissent assez bien éclairer l'attitude de la jurisprudence allemande à l'égard de certaines questions d'interprétation qui se posent en cette matière.

I. — *La décision du Reichsgericht (5^e Chambre civile du 24 mai 1924 ²¹).*

1^o La décision du 24 mai 1924 concernant une « affaire de registre foncier » (Grundbuchsache) tranche la question de savoir si une clauses espèces-or insérée dans un contrat de prêt hypothécaire peut être inscrite à une date postérieure au 31 juillet 1914.

Quant aux *faits*, nous renonçons à donner des précisions qui, ayant trait plutôt aux règles particulières du registre foncier, ne sont guère intéressantes en matière de clause-or. Nous ne relevons que le considérant du Reichsgericht qui rejette le recours par lequel le propriétaire d'un immeuble grevé d'hypothèque a demandé l'annulation de la décision du juge d'appel. Le débiteur attaque celle-ci en prétendant que l'inscription de la clause-or sur le registre foncier effectuée après le 31 juillet 1914,

(21) R G Z. vol. 108, p. 176.

à savoir en 1919, n'était pas valable en raison de l'article 245 B G B. Voici les arguments du Reichsgericht :

Le débiteur ne peut invoquer l'exception de l'impossibilité de la prestation selon l'article 275 B G B²² parce que la loi a édicté, en matière de dettes d'argent portant sur une monnaie déterminée qui n'a plus cours au temps du paiement, une solution particulière en déclarant que le paiement doit être presté comme si cette monnaie n'avait pas été fixée (art. 245 B G B).

En revanche, on ne peut conclure de ce texte que la clause-or est devenue sans importance par suite du fait que les pièces d'or du Reich ont complètement disparu de la circulation et ne peuvent s'obtenir qu'à des prix démesurément hauts. Par conséquent, le débiteur n'a pas le droit de s'acquitter en papier-monnaie pour la valeur nominale de la créance hypothécaire inscrite sur le registre foncier. Dans un arrêt du 1^{er} mars 1924²³, le Reichsgericht avait déjà développé que les créances garanties par des clauses-or inscrites après le 31 juillet 1914 peuvent être valorisées d'après les principes que nous connaissons déjà. Le fait de l'inscription doit être pris en considération pour la valorisation et peut même justifier un taux plus élevé en faveur d'un créancier ayant stipulé le remboursement en or plutôt que pour un créancier ordinaire.

L'inscription de la clause-or sur le registre foncier n'est pas non plus contraire au principe de la spécialité

(22) Art. 275 : « Le débiteur est libéré de l'obligation lorsque la prestation devient impossible par suite d'une circonstance survenue après la naissance du rapport obligatoire, et dont il n'est pas responsable.

Est assimilé au cas d'impossibilité survenue après la naissance du rapport obligatoire, celui où le débiteur est ultérieurement devenu incapable de faire la prestation. »

(23) R G Z. vol. 107, p. 370.

(24) R G Z. vol. 50, p. 148.

du gage hypothécaire (art. 1113 et 1115 B G B)²⁵, car le montant de la créance est déterminé indépendamment de la monnaie dans laquelle le paiement doit s'effectuer²⁶.

En conséquence, l'inscription d'une clause espèces-or en 1919 n'était pas en contradiction avec les prescriptions légales et le contenu de l'inscription n'était pas non plus susceptible de justifier une invalidation (art. 54, al. 1^{er} de la loi sur le registre foncier).

II. — *L'arrêt du Reichsgericht publié dans la « Juristische Wochenschrift », 1925, p. 1986, n° 2.*

Dans cette décision, le Reichsgericht a répondu par la négative à la question de savoir si la valorisation d'une dette payable en une monnaie étrangère déterminée (francs français) est possible.

Il s'agit donc, en l'espèce, d'une clause de paiement en monnaie étrangère, c'est-à-dire que les parties ont stipulé que le prix de vente doit être acquitté en francs français pour garantir le créancier contre la dépréciation croissante du mark après-guerre. Le débiteur étant en demeure, le créancier avait intenté une action contre lui. C'est pour la raison que le franc français a perdu les deux tiers de sa valeur pendant la demeure du débiteur que le créancier, selon le juge d'appel, est fondé en droit à demander le paiement de la dette en marks-or en vertu de l'article 244 B G B. Il ajoute que la conversion de francs en marks devrait se faire compte tenu de la dépréciation du franc ce qui signifie que la dette en monnaie étrangère profiterait d'une valorisation judiciaire. Le Reichsgericht réfute la référence à l'article 244 B G B. en invo-

(25) Voir *supra*, p. 31.

(26) R G Z. vol. 50, p. 148.

quant l'argument que ce n'est pas le créancier qui peut exercer le droit de substitution, mais exclusivement le débiteur. Il conclut que le juge d'appel n'aurait pu attribuer la somme due qu'en francs français. La valorisation d'une telle créance ne peut jamais être considérée comme justifiée. Quand le mark allemand s'était déprécié à un tiers de sa valeur, ni la jurisprudence, ni le commerce n'avaient été amenés à se servir du principe valoriste. Notre espèce ne peut donner lieu à une extension de l'idée de la valorisation. Il s'agit de la créance d'un étranger domicilié dans un autre pays que l'Allemagne et payable en monnaie étrangère. Il n'existe aucune raison qui pourrait justifier l'extension des mesures exceptionnelles nécessitées par l'effondrement monétaire en Allemagne à des créances qui n'ont rien à voir avec la dépréciation du mark allemand ²⁷.

Dans une *note* relative à l'arrêt précité, *M. Nussbaum* a donné un commentaire remarquable sur l'attitude du Reichsgericht dans la question de la valorisation d'une monnaie étrangère dépréciée. Il part de la constatation qu'il s'agit, en l'espèce, d'une clause de paiement en monnaie étrangère effective. Tout d'abord, le célèbre auteur signale une grave contradiction qui se trouve dans la décision. D'une part, le Reichsgericht, sans examen préalable, admet que la convention des parties est régie par le droit allemand ce qui peut être contestable selon les principes du droit international privé; d'autre part, il refuse la valorisation en déclarant que les monnaies étrangères ne peuvent être valorisées en Allemagne. Il est incompréhensible, poursuit *M. Nussbaum*, que dans un tel cas le principe de la bonne foi (art. 242 B G B) qui,

(27) En ce sens aussi l'arrêt de la 6^e Chambre civile du Reichsgericht, du 3 mars 1925.

d'après la jurisprudence du Reichsgericht, doit primer la législation monétaire, n'ait pas cet effet. En conséquence, la loi monétaire étrangère serait, aux yeux du juge allemand, plus sacrée que la législation monétaire allemande. Tout en reconnaissant que l'arrêt du Reichsgericht est juste quant à son résultat, M. Nussbaum remarque que ses motifs démontrent de nouveau les difficultés de fonder la valorisation judiciaire sur la prescription de l'article 242. Nous ne croyons pas devoir aller aussi loin que M. Nussbaum dans cette critique. Ajoutons simplement que la contradiction s'explique en partie par la « terminologie malheureuse » du Reichsgericht qui parle du « conflit entre les textes de loi sur la monnaie d'une part et la prescription de l'article 242 B G B, d'autre part » ²⁸.

III. — *L'arrêt du Reichsgericht (5^e Chambre) du 30 avril 1932* ²⁹.

L'arrêt que nous allons rapporter par la suite, contient une fort intéressante interprétation d'une clause-or en matière hypothécaire avec des conclusions importantes sur le plan de la valorisation. Après avoir exposé les faits de l'affaire et les motifs de la décision, nous nous efforcerons de l'analyser.

1^o *Les faits.*

La dame H. avait acquis en 1896, par voie de cession, quatre créances hypothécaires d'une valeur de 160.000 marks qui grevaient l'immeuble de N. Les parties avaient inséré dans l'acte de cession une clause en vertu de laquelle le débiteur, c'est-à-dire le propriétaire de l'im-

(28) Cf. ECKSTEIN, thèse, p. 98.

(29) R G Z. vol. 136, p. 169.

meuble, était engagé à payer les quatre dettes en capital et les intérêts en pièces d'or allemandes. Cette clause-or fut inscrite sur le registre foncier.

Les créances hypothécaires étant échues en 1917, la créancière, dans la même année, stipula avec la défenderesse, par acte notarié, une augmentation du taux de l'intérêt et renouvela la clause-or. Cet acte fut inscrit sur le registre foncier.

La défenderesse est disposée à valoriser les créances hypothécaires et les créances personnelles respectives à 40.000 marks-or. Elle a d'ailleurs payé les intérêts pour cette somme, selon la loi relative à la valorisation des créances privées du 15 juillet 1925. La demanderesse refuse de se contenter de ce montant. Elle prétend que les créances hypothécaires garanties par une clause valeur-or ne sont pas régies par la loi sur la valorisation. Pour cette raison, elle réclame le montant intégral de 160.000 marks-or, les intérêts en plus, à savoir 6.100 marks d'intérêts échus.

La défenderesse prétend que les clauses-or stipulées en 1896 et en 1917 ne sont que des clauses espèces-or et que le capital et les intérêts sont à calculer uniquement selon les principes du droit de valorisation.

Les juges précédents ont donné gain de cause à la demanderesse. Le pourvoi en cassation de la défenderesse, par contre, aboutit à cassation de l'arrêt du juge d'appel.

2° Les motifs.

Le Reichsgericht met tout d'abord le problème dont il s'agit en l'espèce au premier plan en déclarant que la solution du litige dépend de la réponse que l'on donne à la question de savoir si les créances hypothécaires sont dotées d'une clause valeur-or ou d'une clause espèces-or.

Dans la première hypothèse la demande se justifierait tout au moins comme demande relative à la créance personnelle; au second cas, le point de vue de la défenderesse serait exact, à savoir que lesdites hypothèques sont soumises aussi bien du côté réel que du côté personnel à la loi sur la valorisation.

Nous jugeons superflu de rapporter ici les considérations du Reichsgericht sur la clause-or stipulée en 1896, car toutes les instances l'interprètent comme une cause espèces-or.

Il est, par contre, à examiner si la clause-or stipulée en 1917 et inscrite sur le registre foncier doit présenter une clause valeur-or non susceptible d'inscription ou si elle constitue seulement une clause espèces-or susceptible d'inscription. La réponse ne peut être trouvée que par voie d'interprétation. Les deux juridictions précédentes qui interprètent la volonté des contractants dans le sens d'une clause valeur-or, violent les principes énoncés dans les articles 133³⁰ et 157 B G B.³¹ Selon l'arrêt du 30 avril 1932, un examen approfondi du litige qui prend en considération le principe de la bonne foi et les usages aboutit au résultat suivant : les parties n'ont voulu stipuler, même en 1917, qu'une clause espèces-or.

Le juge d'appel — contrairement à l'interprétation habituelle qui considère une telle convention comme clause espèces-or — prétend qu'il s'agit, en l'espèce, en vertu de circonstances exceptionnelles, d'une stipulation de paiement en valeur-or. Cette interprétation est, selon le Reichsgericht, erronée. Le juge d'appel cite, pour justifier sa thèse, le fait caractéristique que le texte de la convention

(30) *Art. 133* : « Dans l'interprétation d'une déclaration de volonté il faut rechercher la volonté réelle sans se tenir au sens littéral des termes. »

(31) *Art. 157* : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la bonne foi et l'intention des parties déterminés d'après les usages.

stipulée en 1917 fut modifié par rapport à celui de la clause datant de 1896 (« or en monnaie du Reich allemand » au lieu de « pièces d'or du Reich ») Il s'appuie sur le texte de la nouvelle stipulation qui, d'après lui, doit signifier plus que la convention de 1896, étant donné que l'acte de 1917 contient des modifications relatives au taux de l'intérêt et des conditions de remboursement. Tout porte à croire que l'ancienne créance devait être mise à l'abri afin de ne pas devenir une simple créance en marks-papier. Il semble également que le débiteur aurait dû prendre à sa charge le risque d'une dépréciation éventuelle de la monnaie. Le Reichsgericht n'accepte pas ces considérations sur le texte de la stipulation de 1917 qui ne tiennent pas compte du contenu de l'acte notarié. Il n'est pas évident du tout que le choix des termes, qui peut résulter d'un simple hasard ou d'une préférence du notaire ou des parties, doit être considéré comme un critérium caractéristique de la volonté des parties de stipuler une clause valeur-or. Les termes de l'acte passé en 1917 n'admettent pas la conclusion que les parties avaient eu l'intention de stipuler plus que le rétablissement de la clause espèces-or de 1896 invalidée par l'ordonnance du 28 septembre 1914.

Le juge d'appel croit pouvoir justifier son interprétation par d'autres circonstances qui sont en dehors du texte de l'acte. Il explique que la créancière était bien renseignée sur la perte au change du mark. Il avait voulu protéger la créance contre une dépréciation de la monnaie allemande, car l'ancienne clause ne pouvait plus servir de moyen de garantie. Ainsi on avait dû chercher une expression qui manifestait d'une façon suffisamment nette la volonté de la créancière de mettre le risque de dépréciation monétaire à la charge de la débitrice. C'est

seulement par des considérations comme celles-ci que les modifications apportées en 1917 s'expliquent. Le Reichsgericht objecte à cette seconde série d'arguments que l'ordonnance du 28 septembre 1914 n'a pas frappé de nullité les clauses de paiement en espèces-or qui furent stipulées postérieurement au 31 juillet 1914. En outre, il n'est pas démontré que la débitrice a agi en renouvelant la clause par les mêmes motifs que la créancière.

Nous renonçons ici à reproduire tous les autres arguments du juge d'appel qui sont d'ordre secondaire. Le Tribunal Suprême les réfute en déclarant que la demanderesse ne pourrait obtenir gain de cause qu'au cas où elle démontrerait d'une manière précise qu'elle avait expressément stipulé une cause valeur-or.

Enfin, l'arrêt du 30 avril 1932 reproche au juge d'appel de s'être mis en contradiction avec les principes d'une jurisprudence bien établie du Reichsgericht, car il n'a pas suffisamment apprécié le fait de l'inscription de la clause-or sur le registre foncier qui a une importance capitale pour l'interprétation. Etant donné que les clauses valeur-or, d'après une pratique bien connue des tribunaux, ne peuvent être inscrites sur le registre foncier, l'inscription d'une clause-or parle en faveur d'une stipulation de paiement en espèces-or. D'ailleurs si, en l'espèce, les autorités compétentes, le notaire ayant collaboré à la rédaction de la clause ainsi que le bureau des hypothèques qui avait effectué son inscription, l'avaient interprété comme une clause espèces-or, la demanderesse, à plus forte raison, doit également accepter cette manière de voir.

En conséquence, le Reichsgericht infirme la décision du juge d'appel.

3° Analyse de l'arrêt.

L'arrêt du 30 avril 1932 ne fait que confirmer la jurisprudence stable établie par la Cour Suprême d'Allemagne dans les années 1923 et 1924 et dont nous avons rapporté quelques espèces. En ce qui concerne l'interprétation de la clause-or, la décision du Reichsgericht fait allusion à la doctrine pour y trouver un appui de plus en faveur de sa thèse ³². Il déclare que des auteurs, ainsi M. Mügel ³³, ont reconnu que l'interprétation dans le sens d'une clause espèces-or s'impose, en principe, quant aux clauses-or qui ont été stipulées pour la créance personnelle et en même temps pour le droit réel. M. Mügel dit qu'il s'agit dans ce cas d'une seule clause qui, étant donné son inscription sur le registre foncier, constitue une stipulation de paiement en espèces-or. C'est pour cette raison que la créance personnelle ne peut être valorisée que jusqu'à 25 % de sa valeur primitive.

En revanche, d'autres auteurs, et notamment M. Nussbaum ³⁴, sont partisans de la thèse qui dit que la clause espèces-or n'est qu'une variété de la clause valeur-or de caractère plus prononcé et qu'il faut l'interpréter en ce sens.

L'intérêt de la question de savoir comment interpréter la clause-or est, comme l'espèce le démontre, considérable. Dans l'hypothèse d'une clause espèces-or où le débiteur s'est engagé à payer une somme déterminée en « pièces d'or du Reich », les conditions de l'article 1^{er} de la loi sur la valorisation des créances privées se trouvent réunies. D'après cette prescription, les créances qui portent sur une somme d'argent déterminée et exprimée dans l'ancienne

(32) R G Z. vol. 136, p. 177-178.

(33) Aufwertungsrecht, p. 303.

(34) Geld, pp. 167 et s.

monnaie sont à valoriser, en principe, à 25 % de la valeur qu'elles ont eue au jour de leur naissance³⁵.

Par contre, dans l'hypothèse d'une clause valeur-or où le débiteur est obligé de payer une somme correspondante à la valeur-or des anciennes pièces d'or du Reich, la valorisation légale n'intervient pas, car c'est dans ce cas-là la clause de garantie qui joue pleinement.

Comme nous venons de le dire, le Reichsgericht persiste à interpréter, dans des hypothèses semblables à notre espèce, la clause-or comme stipulation de paiement en monnaie-or. Nous ne pouvons adhérer à sa thèse pour des raisons que nous avons exposées dans le chapitre consacré à la clause valeur-or³⁶. Il se peut que certaines circonstances de l'espèce militent en faveur d'une clause monnaie-or. Mais le Reichsgericht n'a pas réussi à réfuter l'argument qui consiste à dire qu'il serait assez singulier de la part des parties de stipuler une clause espèces-or dont elles savaient qu'elle était frappée d'inefficacité par suite de la loi du 4 août 1914 proclamant le cours forcé.

(35) Voir *supra*, p. 19.

(36) Voir *supra*, pp. 45-48.

CHAPITRE II

LES LITIGES NÉS PAR SUITE DE LA DEVALUATION DE LA LIVRE STERLING ET DU DOLLAR

La grande crise économique secouant le monde depuis le krach boursier de New-York en octobre 1929 avait eu comme effet la dépréciation des monnaies les plus stables, de la livre sterling en 1931 et du dollar en 1933. Ces deux monnaies considérées comme inébranlables par le public servaient surtout après-guerre de monnaies de contrat dans beaucoup de pays du continent européen et notamment en Allemagne, pays durement éprouvé par une instabilité monétaire qui aboutissait à l'effondrement complet du mark. Pour se prémunir contre le risque de dépréciation, beaucoup de créanciers de débiteurs allemands stipulaient des clauses de paiement en monnaie étrangère, surtout en livres sterling et en dollars, monnaies qui devaient assurer la stabilité de la valeur de la prestation due. Ces clauses furent souvent combinées avec la clause-or; on trouve dans la pratique allemande assez fréquemment la clause dollar-or. Ainsi que la pratique judiciaire le démontre, un grand nombre de litiges sont nés par suite de la dévaluation des deux grandes devises anglo-saxonnes. Il est intéressant de constater qu'il existe, au point de vue juridique, une différence considérable entre les litiges ayant pour objet la dépréciation de la livre et ceux qui sont nés en raison de la dévaluation du dollar. Cette diffé-

rence résulte d'une loi américaine célèbre, le *Joint Resolution Act* édicté le 5 juin 1933 par suite de la dévaluation du dollar : cette loi déclare nulles toutes les clauses-or.

En tenant compte du fait que l'Angleterre a dévalué tout en maintenant la clause-or tandis que les Etats-Unis ont à la fois procédé à la dévaluation et annulé la clause-or, nous diviserons ce chapitre en deux sections : la première section sera consacrée aux litiges nés par la dévalorisation de la livre sterling, la seconde aux litiges ayant pour objet la dévalorisation du dollar.

SECTION I.

DES LITIGES NÉS PAR SUITE DE LA DÉVALUATION DE LA LIVRE STERLING.

La dévaluation de la livre sterling par suite du Gold Standard (Amendment) Act supprimant le gold standard à partir du 21 septembre 1931 avait des conséquences considérables dans le commerce international et même dans le commerce intérieur, la livre anglaise étant employée dans beaucoup de pays comme monnaie de contrat. Dans l'Allemagne d'après guerre, cette habitude commerciale née dans les années d'inflation se prolongea même malgré la stabilisation du mark qui n'avait pas gagné la confiance des milieux d'affaires.

Il s'agit dans les diverses espèces que nous allons rapporter par la suite de la question de savoir si la supposition des contractants que la livre est une devise de valeur absolument stable a comme effet que la clause de paiement en livres constitue une stipulation de verser une somme équivalente à la *valeur-or* de la livre. Dans ce cas,

M. Mügel, il aurait existé une créance munie d'une clause livre-or qui ne serait pas susceptible de valorisation; on n'aurait qu'à exécuter la clause en effectuant le paiement sur la base de calcul résultant du rapport légal entre la livre et l'or¹. Tout au moins, on pourrait tirer la conclusion que, dans les hypothèses où la stabilité de la livre est supposée, la qualité de la monnaie anglaise en tant que monnaie-or constitue une condition essentielle du contrat dont la base est ébranlée par la suppression de cette qualité. Il en résulte la question de savoir s'il y a des répercussions sur l'étendue de l'obligation du débiteur.

En rapportant et analysant un certain nombre de décisions, nous nous efforcerons de démontrer, avec toute la netteté possible, l'attitude de la jurisprudence allemande à l'égard des problèmes suscités par la dévalorisation de la livre.

Nous constatons que le Reichsgericht après avoir admis l'idée du rééquilibrage pour les créances basées sur des contrats synallagmatiques, la refuse aux créances ressorties de contrats unilatéraux. Par conséquent, nous nous proposons de rapporter dans un paragraphe 1^{er} un arrêt concernant la première catégorie de créances, dans un § 2 la seconde catégorie.

*§ 1^{er} L'arrêt du Reichsgericht (1^{re} Chambre civile)
du 21 juin 1933² concernant une créance basée sur
un contrat synallagmatique.*

L'arrêt du Reichsgericht du 21 juin 1933 peut être comparé, à juste titre, avec celui du 28 novembre 1923

(1) MÜGEL. *Aufwertung von Pfundforderungen*, Deutsche Juristen-Zeitung, 1932, p. 28.

(2) R G Z. vol. 144, p. 212; Jur W. 1933, p. 1645. La traduction de cet arrêt se base sur l'article de M. H. FREUND dans *Clunet*, 1936, pp. 408-427.

qui avait admis l'idée de la valorisation judiciaire de créances en marks. Si la dernière décision se base, en partie, sur les mêmes arguments que la valorisation, il s'agit pourtant d'un autre problème : le rééquilibrage d'une créance libellée en une monnaie étrangère déterminée qui s'est dépréciée après la conclusion du contrat³.

Le Reichsgericht, en l'espèce, avait à trancher la question si, dans un contrat passé par des parties contractantes allemandes et soumis au droit allemand, la chute de la livre sterling peut justifier une compensation (Ausgleichsanspruch) au profit du créancier, titulaire d'une créance libellée en livres.

1° *Les faits.*

Les faits sur lesquels nous ne connaissons guère de détails, sont simples. Dans un contrat de vente conclu entre deux maisons allemandes en Allemagne le prix de vente était libellé en livres sterling. Selon les conditions du contrat, le paiement devait être effectué, autant que possible, dans la monnaie stipulée. Il s'agissait donc d'une simple clause de paiement en monnaie étrangère.

2° *Les motifs.*

Le Reichsgericht expose tout d'abord les motifs du premier juge, à savoir du Landgericht (Tribunal régional) de Gladbach-Rheydt qui avait accordé au demandeur (vendeur) le droit à une récompense. Le Landgericht a déclaré qu'il y a, en l'espèce, un ébranlement de la base du contrat et reconnaît au vendeur, en vertu des principes du droit que la jurisprudence du Tribunal du Reich avait développés en matière de valorisation, un droit au rééqui-

(3) Voir *supra*, p. 99.

librage judiciaire. Ces principes se basent sur la considération suivante :

Dans les contrats synallagmatiques, l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation forme la base tacitement convenue du contrat. Au cas où se produit par un acte de législation imprévu et imprévisible un changement essentiel de cette base — surtout lorsqu'il s'agit d'un vendeur qui avait déjà fourni sa prestation de marchandises dans sa pleine valeur ou, comme en l'espèce, avait fourni la partie essentielle —, il peut être nécessaire, d'après la bonne foi (*Treu und Glauben*), de ne pas obliger la partie désavantagée par ce changement à s'en tenir au contrat, mais de lui accorder une compensation équitable à raison du changement considérable dans l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation. Un tel changement notable justifiant un droit au rééquilibrage peut être également la conséquence d'un simple « désaxage » (*Verschiebung*) d'une monnaie, à condition que la persistance de l'équivalence entre la prestation et la contre-prestation ait été présumée lors de la conclusion du contrat ⁴.

Les motifs du Landgericht montrent avec une suffisante clarté qu'il a voulu suivre ces principes du droit. Qu'il ait qualifié le droit accordé au demandeur de « droit à la valorisation » (*Ausgleichanspruch*), cela est indifférent pour la raison que ces deux droits découlent du même article 242 B G B. Le Landgericht admet, par suite de ses constatations de fait, que, d'après la volonté des contractants, l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation devait former la base du contrat et que cette base a été essentiellement ébranlée, après coup, par un acte législatif imprévu.

(4) Ainsi R G Z. vol. 103, p. 332.

C'est une opinion assez fréquemment représentée dans la doctrine que, à raison des conditions particulières de la chute de la monnaie anglaise, l'application de la procédure de rééquilibrage (Ausgleichsverfahren) n'exige pas que l'ébranlement de la base du contrat ait pris une étendue notable. Cette thèse ne peut être acceptée comme un principe de valeur générale (Warneyner, D. St. Z. 1932, 103-104; Mügel, D. J. Z. 1932, Sp. 309, J W. 1933, Sp. 746). Cela dépend plutôt, même ici, des circonstances du cas particulier, où, par application de l'article 242 B G B., il faut examiner si la base du contrat, c'est-à-dire le rapport entre la prestation et la contre-prestation, a été si fortement ébranlée que le maintien rigide du contrat serait contraire aux principes de la bonne foi (R G Z. 133,65). Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, d'après les constatations de fait du Landgericht, la condition que la livre anglaise conserverait sa qualité de monnaie-or existant à l'époque de la conclusion du contrat, ne se trouvait, dans le cas présent, ni tacitement ni expressément dans le contenu du contrat; cette « condition » ne constituait que la base du contrat.

Mais accorder un droit au rééquilibrage (Ausgleichspruch)⁵ en vertu de l'article 242 B G B., est, selon la jurisprudence du Reichsgericht, une exception qui n'est admissible que dans des circonstances tout à fait spéciales et à appliquer avec la plus grande prudence. Elle s'oppose au principe de la sécurité des contrats qui domine le droit des obligations et ne se justifie que dans les cas où la base d'affaires du contrat est essentiellement ébranlée. D'autre part, au point de vue du droit, on ne peut criti-

(5) « Rééquilibrage » est la traduction du terme technique « Ausgleich » et signifie la compensation équitable du titulaire d'une créance dans l'hypothèse où il y a un *changement considérable dans l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation.*

quer le juge du fait pour avoir estimé, en l'espèce, qu'une dépréciation de la livre anglaise de 20 à 30 % a été assez élevée pour aboutir, dans le cadre du contrat litigieux, à un ébranlement essentiel de la base d'affaires. Car c'est là une constatation de fait qui dépend toujours des circonstances particulières de l'espèce et n'est pas susceptible de la révision (Cf. R G Z. 103, 337; Zeiler D. J. Z., 1932, Heft 2, Seite 50). Il ne ressort pas d'ailleurs des motifs du Landgericht que la dépréciation de la livre a été si profonde qu'elle ait ébranlé la monnaie anglaise et que la livre, quoique restée en Angleterre un moyen de paiement légal, a perdu son caractère de mesure de valeur. Mais une dépréciation aussi profonde n'est pas une condition nécessaire pour l'admission de la procédure de rééquilibrage qui repose uniquement sur l'article 242 B G B. Il ne s'agit point ici de la valorisation d'une monnaie imposée comme base aux parties par la force de la loi; il s'agit plutôt de remettre en un équilibre conforme à l'esprit et au but du contrat la proportion entre la prestation et la contre-prestation fixée par les parties comme base du contrat et qui avait subi un changement imprévu et imprévisible, compte tenu de la circonstance que ce changement s'est produit par suite de la dévalorisation inattendue d'une monnaie étrangère provenant d'une intervention législative.

Les parties avaient fait de cette monnaie, à cause de son caractère présumé par elles inébranlable, volontairement et expressément l'objet d'un contrat placé sous l'empire du droit allemand. C'est pour cette raison qu'il n'est plus nécessaire d'examiner la condition souvent exigée par la jurisprudence en matière de valorisation, d'un changement profond de la monnaie, comme cela s'était produit pour le mark-papier et les anciennes monnaies

autrichienne, polonaise et russe (Cf. R G Z. 120, 75; etc.).

Si l'on pense comme le Landgericht que la base juridique du droit au rééquilibrage est, en l'espèce, l'ébranlement essentiel de la base du contrat, on est obligé d'appliquer les principes du droit résultant de l'article 242 B G B. et de l'interprétation de celui-ci par le Reichsgericht en matière d'équilibrage d'intérêts des parties. En conséquence, on ne peut calculer la contre-prestation due par le défendeur (acheteur) en vertu du contrat sur le montant total du prix d'achat converti en 20 marks 40 par livre (cours du change de la livre par rapport au mark au moment de la naissance du contrat) ainsi que le Landgericht l'avait fait. Il faut, par contre, examiner avec soin toutes les circonstances qui, d'après les principes de la bonne foi et en conformité aux usages, eu égard aux intérêts des parties au contrat, doivent être prises en considération en vue d'un rétablissement d'équilibre juste et équitable entre la prestation et la contre-prestation. A ce point de vue il faudra tout particulièrement examiner les questions suivantes :

1) Quelles étaient les relations juridiques entre le demandeur actuel et son auteur, la firme D. et S. ? Le demandeur a-t-il acheté la créance en cause pour un prix réduit ? Agit-il, au contraire, seulement comme agent de son auteur, auquel il doit remettre la somme qui lui parviendra de ce litige ?

2) La firme D. (le vendeur) a-t-elle dans l'ensemble de ses opérations (Geschäftsverkehr) subi des pertes par la baisse de la livre anglaise ou n'en a-t-elle pas, au contraire, retiré des avantages en tant qu'importatrice ? Comment s'établissent ses dépenses et ses recettes du chef de l'affaire commerciale actuelle en tenant compte des prix

qu'elle a payés pour produire les marchandises, des salaires et autres frais nécessités par leur fabrication ?

3) Le défendeur (acheteur) n'est-il pas lui-même exportateur des mêmes sortes de marchandises et n'a-t-il pas subi lui-même des pertes dans les affaires de ce genre par la diminution de la valeur de la livre ?

Après avoir posé ces questions, le Reichsgericht déclare qu'il est possible qu'un rééquilibrage, c'est-à-dire une évaluation de la contre-prestation de la défenderesse d'après le cours du change de 20 marks 40 par livre anglaise, soit éventuellement, selon les circonstances, justifié.

3° *Analyse de l'arrêt.*

L'arrêt du Reichsgericht du 21 juin 1933 a suscité, dans la doctrine, une discussion assez vive. Comme toujours au sujet des clauses de garantie, les thèses opposées des auteurs dépendent de l'attitude de ceux-ci à l'égard du problème nominalisme-métallisme. Il nous paraît utile de rapporter en forme de résumé, la controverse entre M. Lambert ⁶ et M. Mügel ⁷. Ensuite, nous exposerons le point de vue de M. Freund ⁸ et ajouterons quelques observations finales.

a) *La thèse de M. Lambert.*

La critique de l'arrêt faite par M. Lambert se trouve dans une consultation donnée à la Représentation Commerciale de l'U. R. S. S. en Allemagne. Nous nous bornerons ici à ne rapporter que l'essentiel des arguments que

(6) Edouard LAMBERT, Un parère de jurisprudence comparative. Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, tome 33, 1934.

(7) J W. 1934, p. 1477.

(8) Clunet 1936, pp. 408 et s.

l'auteur précité a invoqués contre le rééquilibrage judiciaire des contrats.

M. Lambert refuse catégoriquement le droit à la valorisation ou au rééquilibrage; il s'élève contre l'arrêt du Reichsgericht dans lequel il voit un abandon de principes généraux que la jurisprudence allemande avait antérieurement respectés⁹. Il reconnaît que les remèdes juridiques de la valorisation ou du rééquilibrage judiciaires trouvent leur justification dans l'effondrement total du mark; par contre, il juge inadmissible de les transposer aux cas tout à fait différents de la livre ou du dollar, parce que ces monnaies, malgré leur dévalorisation, n'ont pas perdu leur caractère d'instrument de valeur. L'éminent auteur développe les graves conséquences qui résulteraient si le remède juridique de l'Ausgleich né par suite des nécessités de l'inflation devenait un moyen de droit de portée générale¹⁰. Cette idée de rééquilibrage appliquée d'une façon conséquente et avec rigueur, pourrait aboutir à protéger également l'acheteur dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si le pouvoir d'achat de la monnaie baissait. M. Lambert s'appuie ici sur un arrêt rendu par le Reichsarbeitsgericht (Tribunal Suprême du Travail du Reich) du 10 août 1932 qui avait rejeté le rééquilibrage judiciaire au cas où le pouvoir d'achat du mark augmente¹¹.

L'idée directrice de tous les développements de M. Lambert sur la valorisation et le rééquilibrage est celle que la *sécurité dans le commerce juridique* n'accorde pas de protection au créancier s'il s'est trompé dans ses espérances. Les risques qui résultent d'un changement imprévu de la base d'affaires existant lors de la conclusion du contrat

(9) Cf. R G, dans J. W. 1925, p. 1986; voir supra p. 99.

(10) Voir op. cit., p. 96.

(11) Reichsarbeitsblatt, t. 9, p. 323; cf. M. LAMBERT, op. cit., pp. 106-109.

sont à la charge de chaque contractant. D'ailleurs, selon l'auteur, l'admission de l'Ausgleichverfahren est contraire au texte de l'article 138, al. 2 B G B. qui prescrit qu'un acte juridique n'est nul qu'en cas d'usure¹².

La dernière partie du parère de M. Lambert est consacrée à la question de savoir si la clause de paiement en valeur-or est sous-entendue dans les clauses de paiement en monnaie étrangère. Appuyé sur des arguments de jurisprudence¹³ et de certains auteurs¹⁴, l'éminent juriste arrive à la conclusion qu'une stipulation de paiement en une monnaie déterminée ne peut être considérée comme impliquant une clause de paiement en or ou en valeur-or que quand les parties en ont manifesté la volonté dans leur contrat¹⁵.

b) La thèse de M. Mügel.

M. Mügel, spécialiste très réputé en Allemagne en matière de l'Aufwertung, a répondu dans un *article paru dans la Juristische Wochenschrift*¹⁶ au parère de M. Lambert en réfutant la thèse nominaliste de cet auteur.

Après avoir démontré les différences profondes entre la conception statique du droit français et la conception dynamique du droit allemand qui se manifestent surtout dans l'interprétation des contrats, M. Mügel déclare que la distinction que M. Lambert fait entre la valorisation et le rééquilibrage judiciaire n'a pas une importance pratique,

(12) *Art. 138, al. 2* : « Est nul, en particulier, l'acte juridique par lequel quelqu'un exploitant la détresse, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui se fait promettre ou donner, pour lui ou pour un tiers, en échange d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent la valeur de cette prestation de telle manière que d'après les circonstances les avantages soient en discordance anormale avec elle. »

(13) D. P. 1931-1-5-27.

(14) MM. ECKSTEIN, PIROTTE et SAVATIER.

(15) Voir M. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 156-203.

(16) Voir *supra*, p. 116, n. 7.

car les deux remèdes s'appuient sur le principe de la bonne foi de l'article 242 B G B. Si le Reichsgericht refuse la valorisation et admet le droit au rééquilibrage, cela s'explique par le fait que la jurisprudence antérieure avait justifié l'Aufwertung par l'effondrement total de la monnaie, tandis qu'elle appuyait le droit au rééquilibrage sur l'ébranlement de la base d'affaires. Pour M. Lambert, par contre, l'effondrement total de la monnaie constitue la condition nécessaire pour l'admission de l'Aufwertung et de l'Ausgleich. D'après M. Mügel, la thèse de M. Lambert méconnaît la véritable cause de la valorisation qui n'est pas le changement de valeur de la monnaie — fait qui est à la charge du créancier —, mais il s'agit d'une *impossibilité de la prestation provoquée par une intervention imprévue du législateur*¹⁷. Lorsque celui-ci intervient dans la vie économique sans prescrire des mesures d'équité pour les cas où des droits de particuliers sont lésés, la question qui se pose est de savoir si ce n'est pas le juge qui doit intervenir. Ici se trouve la *véritable* justification de la valorisation judiciaire. C'est le devoir des tribunaux allemands d'examiner si un droit au rééquilibrage peut être accordé en faveur d'une créance régie par les lois allemandes, lorsque la législation monétaire anglaise a été modifiée.

M. Mügel termine ces développements en exposant sa conception sur le problème « nominalisme et métallisme ». Il insiste également sur la prépondérance que la valeur nominale doit avoir en matière de dettes d'argent, mais il prétend en même temps que ce principe n'exclut pas la possibilité d'accorder un rééquilibrage selon les règles du droit des obligations s'il y a un changement

(17) Ainsi R G Z. vol. 112, p. 329; vol. 119, p. 113; vol. 125, p. 48; vol. 129, p. 276.

d'équilibre économique entre les parties contractantes. La supposition qu'une telle récompense soit inadmissible, s'appuie notamment sur l'article 1895 du Code civil français d'après lequel ce n'est que la somme numérique énoncée au contrat de prêt que le débiteur doit rendre. Ce texte, cependant, est une prescription qui ne se retrouve pas dans le droit allemand.

Enfin, M. Mügel, répond aux développements de M. Lambert relatifs à la question de savoir si la clause de paiement en valeur-or est sous-entendue dans les clauses de paiement en monnaie étrangère. Il remarque que l'auteur français n'a pas rigoureusement distingué entre la clause-or et l'accord des contractants de faire de la monnaie-or la base d'affaires. D'ailleurs, ainsi qu'il ressort, sans aucun doute, des motifs de la décision du Reichsgericht rapportée par M. Lambrecht lui-même¹⁸, le juge du fait (Landgericht) n'a pas interprété la clause de paiement en monnaie étrangère comme clause valeur-or.

c) *La note de M. Freund.*

M. Heinrich Freund a consacré une note à l'arrêt du 21 juin 1933 dans le « Journal de droit international privé (Clunet) »¹⁹. Après avoir mis en lumière, avec une très grande netteté, les motifs du Reichsgericht, l'auteur se place sur le plan de la philosophie du droit. Il expose que la théorie du rééquilibrage découlant de l'article 242 B G B, c'est-à-dire de la notion de la bonne foi (Treu und Glauben) semble décomposer certains vieux principes du droit, notamment celui de « pacta sunt servanda » qui domine le droit des obligations. Il cite un célèbre civiliste allemand contemporain, M. Hedemann, qui, dans ses ou-

(18) Cf. op. cit., p. 133.

(19) 1936, pp. 426 et s.

vrages « Reichsgericht und Wirtschaftsrecht » (1929) et « Die Flucht in die Generalklauseln » (1933), avait averti les juristes du danger d'une jurisprudence de rééquilibrage et du « débouchement du droit dans l'éthique » (Einmünden des Rechts bei der Ethik). La majorité des auteurs, cependant, approuvent la thèse du Reichsgericht qui n'est que la suite de son attitude à l'égard de la valorisation ²⁰. « C'était la victoire de la théorie de la bonne foi (Treu und Glauben) sur les principes inflexibles du droit, une victoire qui était une nécessité après l'effondrement total de la monnaie allemande... » ²¹. Cette idée nouvelle du rééquilibrage, termine M. Freund, est devenue si forte qu'elle a fini par s'appliquer en faveur d'un créancier qui a subi une perte au cours du change par suite d'une dépréciation médiocre.

d) *Observations finales.*

Les thèses opposées de M. Lambert et de M. Mügel ainsi que la note de M. Freund nous semblent avoir suffisamment mis en lumière les arguments favorables et défavorables pour le rééquilibrage judiciaire. Il ne nous reste plus qu'à faire quelques observations complémentaires.

Dans nos considérations, nous nous rangerons, en principe, derrière l'opinion qui s'élève *contre* le droit à récompense du créancier, dans l'hypothèse de la chute d'une devise étrangère dont les parties ont fait leur monnaie de contrat. Nous appuyons notre opinion sur un certain nombre de raisons que nous allons exposer par la suite.

(20) R G. du 28 novembre 1923, voir *supra* pp. 20 et s.

(21) FREUND, CLUNET, 1936, p. 427.

α) Etant donné que les parties n'ont pas stipulé expressément une clause livre-or, on est obligé d'interpréter l'intention des parties. D'après le principe d'interprétation dominant nettement en droit allemand, il ne faut pas examiner « ce que les parties ont *voulu* lors de la conclusion du contrat, mais ce qu'elles ont *déclaré* »²² (théorie de la déclaration de volonté). Si une clause de paiement en livres-or ne se trouve exprimée ni directement ni indirectement dans le contrat, une interprétation de la volonté des parties dans le sens prétendu d'une telle stipulation est impossible. Nous citons en faveur de cette solution, l'arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire célèbre de l'Emprunt de la Ville de Tokio²³ qui s'est présentée, il est vrai, sous un aspect différent, bien que le problème soit le même. La Cour signale expressément dans ses attendus le fait qu'il ne résulte nullement des clauses et conditions de l'emprunt que les parties y ont fait allusion à des paiements en valeur-or.

β) Est-il possible de justifier la solution donnée dans l'arrêt du 21 juin 1933 par l'argument consistant à dire que la chute de la livre avait ébranlé la base d'affaires du contrat ? Sans vouloir toucher à la théorie de la base d'affaires (*Veränderung der Geschäftsgrundlage*) de notre regretté maître, le Professeur Oertmann²⁴, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de raison de l'appliquer en l'espèce. Si la stabilité de la livre anglaise avait dû devenir la base de la convention, il aurait été nécessaire que les contractants partissent de cette base ce qui n'était pas sûr quant au débiteur. Même s'il avait cru, de son côté, également au caractère inébranlable de la monnaie anglaise qui fai-

(22) O L G. HAMM dans J W. 1933, p. 1267, n° 3.

(23) D. P. 1931-1-26.

(24) Civiliste allemand à la Faculté de Droit de Göttingen.

sait l'objet de sa dette, on ne pourrait prétendre que la stabilité de la livre était devenue la base du contrat.

γ) Ainsi que nous l'avons déjà exposé, le droit au rééquilibrage se fonde sur le principe de la bonne foi de l'article 242 B G B. Nous renonçons ici à reprendre les arguments de M. Lambert. Nous ajoutons cependant que l'arrêt met en opposition deux grands principes du droit : d'une part, le principe de la bonne foi dont le caractère relatif permet de tenir compte de certains changements de la vie réelle, d'autre part, le principe de la sécurité des relations juridiques qui, par sa raison d'être, constitue une force statique. En ce qui concerne le problème du rééquilibrage judiciaire d'une créance libellée en une monnaie étrangère qui s'est dépréciée après la conclusion du contrat, nous penchons en faveur du dernier principe pour deux raisons : 1° l'« erreur » des parties contractantes sur la stabilité d'une devise étrangère ne peut entraîner un ébranlement essentiel de la base d'affaires; 2° la modicité de la dévalorisation comme celle de la livre sterling n'est pas suffisamment ample pour justifier un rééquilibrage qui, d'après le Reichsgericht lui-même, n'est pas nécessairement une valorisation totale. Les hésitations de la Cour suprême qui entoure sa solution de toutes sortes de précautions (voir le questionnaire à la fin de l'arrêt²⁵ sont concluantes à cet égard. D'ailleurs, a-t-on vu les tribunaux, pendant la grande crise économique, intervenir en faveur d'un acheteur ayant subi des pertes considérables par suite de la baisse des prix qui s'est produite entre la conclusion du contrat de vente et le paiement du prix !²⁶.

(25) Voir supra, pp. 115-116.

(26) Les prix de certaines matières premières, comme celui du cuivre par exemple, ont subi une baisse plus importante que le degré de la dévaluation de la livre anglaise.

δ) Un point extrêmement intéressant relevé par M. Freund est la distinction que le Reichsgericht fait entre les créances résultant de contrats synallagmatiques et celles qui sont basées sur des contrats unilatéraux ²⁷. C'est le premier genre de créances qui peut seul être admis au rééquilibrage. Nous ne pouvons nous empêcher de poser la question de savoir si cette distinction s'impose. Certes, nous reconnaissons volontiers que l'argument signalé par M. Freund est de valeur : « Dans le cas des contrats synallagmatiques libellés en monnaie étrangère... le Reichsgericht octroie au créancier (fournisseur qui a déjà opéré sa prestation un droit à rééquilibrage de son dommage causé par la dépréciation du prix de vente » ²⁸. Nous ne nous opposons point à la distinction que la théorie générale du droit fait entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux. Mais la notion de la cause du contrat qui, il est vrai, n'existe pas, théoriquement tout au moins, en droit allemand, nous servira de moyen pour réfuter la thèse de Reichsgericht qui accepte le rééquilibrage en matière de contrats synallagmatiques et le refuse en matière de contrats unilatéraux. Quant aux derniers il s'agit, comme les espèces jugées le démontrent, de contrats réels (prêts, assurances sur la vie). Ce qui est la cause en droit français, cela constitue, dans une certaine mesure, la base d'affaires du contrat en droit allemand. En matière de contrats réels, selon la thèse moderne, la cause de l'obligation est en même temps son fait générateur. Or, y a-t-il pratiquement une différence profonde entre le cas où le prêteur ayant eu confiance en la stabilité de la livre anglaise subit une perte par suite de la chute de cette devise, et l'hypothèse d'une vente (contrat

(27) CLUNET, 1936, pp. 424 et s.

(28) Cf. note précitée, Clunet, 1936, p. 426.

synallagmatique) où le créancier a fourni, à la place d'un capital en argent à rembourser sur la base d'une monnaie étrangère, des marchandises dont le prix est libellé en livres ayant subi la même dépréciation ?

Nous ne pouvons suivre la manière de voir du Reichsgericht parce que celui-ci base le rééquilibrage sur le principe de la bonne foi, mais le limite aux seuls contrats synallagmatiques. Si le droit au rééquilibrage est conforme à l'équité, alors il l'est d'une façon générale et ne doit pas se trouver exclu pour les contrats unilatéraux. Que le Reichsgericht après avoir admis l'idée de l'Ausgleich, la limite considérablement, c'est un argument de plus qui parle contre sa thèse.

§ 2. *L'arrêt du Reichsgericht (6^e Chambre civile) du 28 juin 1934 concernant une créance ressortie d'un contrat unilatéral* ²⁹.

L'arrêt du Reichsgericht du 28 juin 1934 contient de précieux arguments contre le rééquilibrage judiciaire de créances ressorties d'un contrat unilatéral. La décision constitue, pour ainsi dire, le contre-pied de l'arrêt du 21 Juin 1933 et c'est pour cette raison que nous allons la rapporter par la suite.

I. — *Les faits et les motifs* ³⁰.

Le demandeur a prêté à la défenderesse entre 1926 et 1928 la somme de 2.250 livres anglaises. Il fut convenu

(29) J W. 1934, p. 2330.

(30) N'ayant pas eu le texte allemand de l'arrêt à notre disposition, nous avons été obligés de nous référer à la traduction de celui-ci que nous avons trouvée dans le « Journal de droit international privé », 1936, pp. 408-410.

postérieurement à la conclusion du contrat que tant les intérêts que la somme principale serait à payer en monnaie anglaise.

Les intérêts furent d'abord payés en livres sterling, puis en reichsmarks au cours du change valable à la date d'échéance. Le demandeur réclama le remboursement de l'emprunt en reichsmarks au cours du change de 20 marks 40 pour une livre en s'appuyant sur la législation des devises qui rend le paiement en livres effectives impossible. Il fit valoir que les parties, au moment du prêt, avaient stipulé expressément comme objet du contrat que le demandeur ne devait subir aucune perte au change. Le prêt aurait été accordé en livres anglaises parce que, selon l'opinion commune prévalant à ce moment, une dépréciation de la livre était absolument impossible.

C'est pour cette raison que la Cour d'appel constate que l'absence de confiance de la part du demandeur dans la stabilité du mark était le motif du contrat au moment de sa formation. Il n'était pas convenu entre les parties que le demandeur ne devait subir aucune perte pouvant résulter d'une dépréciation de la livre et que le maintien de l'étalon-or devait déterminer le montant de la prestation contractuelle.

Ces arguments ne constituent pas une violation des articles 133, 157 B G B. L'accord entre les parties qui n'a pas été modifié plus tard portait uniquement sur la livre anglaise au moment où le premier prêt avait été consenti. Le reichsmark restait entièrement hors de l'engagement contractuel. D'après l'opinion exprimée des parties, c'était par complaisance que la défenderesse consentit au désir du demandeur de faire de la livre l'objet du contrat. La thèse de la Cour d'appel, d'après laquelle le moyen de garantie choisi par le demandeur était sans valeur, n'est

donc pas inexacte. Mais les attaques du pourvoi en révision ne sont pas fondées; en effet, la Cour d'appel aurait dû considérer une interprétation supplémentaire du contrat. Une telle interprétation est possible seulement en cas d'un contrat qui a une lacune (R G Z, vol. 87, p. 213, vol. 67, p. 433). Il n'y a pas lieu de présumer une telle lacune lorsqu'il devient évident plus tard que la garantie que le créancier croit avoir obtenue pour sa créance est insuffisante (R G Z, vol. 118, p. 373).

La Cour d'appel poursuit l'examen du point de vue de la valorisation. Mais un tel point de vue ne peut non plus justifier la demande. La question de la valorisation de créances en monnaie étrangère doit être résolue d'après les principes généraux du droit allemand dont l'application s'impose dans des cas pareils (R G Z, vol. 120, p. 75 et s.). Si le Reichsgericht a rejeté la valorisation de créances libellées en monnaie étrangère dans plusieurs arrêts (J. W. 1925, p. 1986, n° 2³¹; 1926, p. 1323, n° 3, etc), c'est parce que les monnaies en question n'avaient pas subi une dépréciation si grande que le mark allemand. Mais c'est précisément le cas en l'espèce. Au moment de l'échéance des prêts en question — les 1^{er} février 1933 et 1^{er} avril 1933 —, le cours du change de la livre anglaise variait entre 14 et 15 marks; la dépréciation de la livre comparée au moment de la conclusion du contrat de prêt n'atteignait même pas un tiers (1/3). C'est pour cette raison que le refus de valoriser la créance du demandeur n'est pas en contradiction avec le principe de l'article 242 B G B.

La Cour a considéré en dernier lieu le point de vue du droit au rééquilibrage judiciaire (Ausgleichsanspruch). Ce

(31) Voir *supra*, p. 99.

droit découle de la considération fondée sur l'article 242 que, dans le cas où une certaine proportion entre la prestation et la contre-prestation forme la base visible d'un contrat, il peut être contraire à la bonne foi (Treu und Glauben) de maintenir le contrat comme il a été conclu, nonobstant le fait que par un changement postérieur de législation la proportion entre la prestation et la contre-prestation a été désaxée (voir récemment R G Z, vol. 141, p. 216). Mais le « droit à rééquilibrage judiciaire » (Ausgleichsanspruch), comme il a été créé par la jurisprudence, n'a pas de raison d'être au cas d'un prêt dont la nature juridique consiste en ce que la somme reçue doit être rendue. Au moment de la conclusion du contrat, il n'y a pas de proportion entre la prestation et la contre-prestation; il n'y a donc point de désaxage de cette proportion plus tard. Dans le cas d'un prêt, il peut y avoir lieu — sauf possibilité d'une interprétation du contrat — uniquement à une valorisation, mais non pas à un rééquilibrage.

II. *Analyse de l'arrêt.*

L'analyse que nous avons consacrée à l'arrêt du 21 juin 1933, contient déjà beaucoup d'observations qui peuvent se référer aussi à la décision du 28 juin 1934. Nous n'y ajouterons, en conséquence, que peu de remarques. Une brève note de M. C. Wolff relative au dernier arrêt³² insiste notamment sur le fait que la dévalorisation de la livre anglaise, aux dates d'échéance du capital, n'atteignait pas encore un tiers. L'auteur déclare : « Ainsi la Cour d'appel n'a pas manqué aux principes de l'article 242 C. c. allemand en refusant la revalorisation de la livre ster-

(32) CLUNET, 1936, 4^e et 5^e livraisons, p. 970.

ling ». Cette remarque ne peut que corroborer notre manière de voir le droit au rééquilibrage judiciaire¹, car, d'une part, la jurisprudence du Reichsgericht se base sur l'article 242 pour admettre le droit au rééquilibrage, et, d'autre part, elle se sert de la même prescription pour le refuser. Il nous paraît difficile de vouloir fonder des solutions opposées sur le même principe de la bonne foi, étant donné que la distinction entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux a peu d'importance pour la question de savoir si le titulaire d'une créance libellée en monnaie étrangère peut demander une valorisation lorsqu'il a subi un préjudice par suite de la chute de cette monnaie. L'équité ne peut servir, en matière de dettes d'argent, notion unique, à justifier des solutions diamétralement opposées.

SECTION II.

LES LITIGES NÉS PAR SUITE DE LA DÉVALUATION DU DOLLAR.

Ainsi que la dépréciation de la livre anglaise, la dévaluation du dollar américain a eu des effets considérables dans le domaine des engagements privés contractés sur la base de la devise des Etats-Unis d'Amérique qui était également réputée comme une des monnaies les plus stables du monde³³.

L'abandon de l'étalon-or aux Etats-Unis résulte d'un certain nombre de mesures : l'Emergency Banking Act du 9 mars 1933 suivi des Executive Orders des 10 mars, 5 et 20 avril 1933. Nous avons déjà fait allusion à ce que la dévalorisation du dollar fut caractérisée par le fait qu'une

(33) Voir *supra*, p. 108.

mesure législative, le *Joint Resolution Act du 5 juin 1933*, édictée par suite de la dévaluation de cette devise, déclare contraire à l'ordre public « toute clause dont le but est de donner aux créanciers droit à exiger le paiement en or ou en une espèce particulière de monnaie ou de billets ou bien en une quantité de monnaie des Etats-Unis mesurée ainsi » ³⁴.

La Joint Resolution nous amène à diviser cette section en deux paragraphes : le premier paragraphe sera consacré à quelques décisions ayant pour objet des litiges nés par suite de la dévalorisation du dollar et restant en dehors du domaine d'application de la Joint Resolution; le second paragraphe concernera des décisions dans lesquelles les tribunaux ont écarté l'application de la Joint Resolution en matière d'emprunts allemands libellés en dollars-or.

§ 1. *Décisions restant en dehors du domaine d'application de la Joint Resolution*

Les décisions allemandes rendues en matière de créances libellées en dollars ou sur la base du dollar et qui ont subi une moins-value par suite de la dévalorisation de la devise américaine n'apportent pas d'arguments nouveaux dans leurs motifs. Elles s'inspirent de la jurisprudence relative à la dépréciation de la livre anglaise qui a précédé celle du dollar. Nous retrouvons la distinction entre les créances basées sur des contrats bilatéraux et les créances ressorties de contrats unilatéraux, de même les conséquences résultant de cette distinction pour l'admission du droit au rééquilibrage. C'est pour

(34) 48 U. S. Stat. 112; trad. fr. : CLUNET, 1937, p. 143.

cette raison que nous adoptons à nouveau le même plan dans l'intérieur de ce paragraphe en rapportant d'abord un arrêt du Reichsgericht relatif à la première catégorie de créances, ensuite quelques arrêts de la Cour Suprême concernant la seconde catégorie. Nous limiterons notre compte-rendu au strict nécessaire, puisque les espèces se répètent quant aux faits et motifs. Après quoi nous ferons suivre quelques observations.

I. *L'arrêt du Reichsgericht (3^e Chambre civile) du 2 avril 1935 concernant une créance basée sur un contrat synallagmatique* ³⁵.

Il s'agit, en l'espèce, d'une série de ventes, conclues entre parties allemandes au cours de l'année 1932, dont les prix étaient, à l'instigation du fournisseur, libellés en dollars américains sans clause-or. Par suite de la chute du dollar, la demanderesse (vendeur) prétend avoir subi une perte et réclame à condamner la défenderesse (acheteur) à l'indemniser intégralement (le montant du préjudice avec les intérêts). Déboutée par les juges précédents, la demanderesse poursuit sa demande devant le Tribunal du Reich.

Après avoir constaté un ébranlement de la base d'affaires et admis un droit à rétablissement entre la prestation et la contre-prestation en vertu du principe de la bonne foi (art. 242 B G B.), l'arrêt du 2 avril 1935 déclare que le fait que la demanderesse ne perd que 13 % n'est pas, d'après l'opinion de l'arrêt d'appel, un changement de la base du contrat assez important pour justifier un rééquilibrage au profit du vendeur. « Si l'on considère

(35) R G Z. vol. 147, p. 286. Nous nous basons sur la traduction de l'arrêt dans le « Journal de droit international privé, 1936, pp. 908 et s.

de plus que le détachement du dollar américain de sa base d'or n'était pas la conséquence de la détresse et de l'état économique, comme c'était le cas de la ruine monétaire de l'Allemagne, mais au contraire un acte de législation sans contrainte et pour atteindre des buts spéciaux; si l'on considère, en outre, que la demanderesse prétend avoir eu par ces mesures une perte de plus de 21.000 reichsmarks tandis que le défendeur a obtenu sans aucune peine un avantage pécuniaire analogue, il y aura lieu d'examiner... s'il n'y a pas, en vue des circonstances spéciales du cas particulier qu'il faut prendre en considération d'après la jurisprudence du R G., les conditions formelles pour un rééquilibrage judiciaire dont la juridiction d'appel n'a pas tenu compte » ³⁶.

Ainsi le Reichsgericht est amené à se demander si la perte que la demanderesse a subie en raison de la dévalorisation du dollar justifie un rééquilibrage. Même si cette perte n'était certainement pas « catastrophique », déclare l'arrêt, la jurisprudence antérieure avait accordé, en développant progressivement l'idée de la valorisation, un droit au rééquilibrage en cas d'une dépréciation de la prestation monétaire de 1/3. Dans la jurisprudence de valorisation et de rééquilibrage les « principes inflexibles du droit » que l'arrêt d'appel considère comme déterminants, ont reculé de plus en plus devant les principes de la bonne foi (Treu und Glauben) et d'une considération juste et équitable des intérêts de toutes les parties intéressées en tenant compte des circonstances spéciales de l'espèce en question.

L'arrêt se termine en déclarant que le droit au rééquilibrage judiciaire ne doit pas, dans les circonstances de

(36) Journal de droit international privé, 1936, p. 422.

l'espèce, être rejeté à cause de l'argument de fait que la demanderesse « ne perd que 13 % ».

II. *Décisions relatives aux créances ressorties de contrats unilatéraux.*

En ce qui concerne les créances ressorties de contrats unilatéraux, nous trouvons une série de décisions³⁷ dont nous relevons deux des plus caractéristiques.

1° *L'arrêt du Reichsgericht (6^e Chambre civile) du 12 novembre 1934*³⁸.

Le Reichsgericht, en l'espèce, avait à trancher la question de savoir quelle est la signification de la clause figurant sur l'obligation d'un emprunt au porteur et précisant que la somme de marks-or qu'elle a pour objet doit être calculé sur la base du dollar des Etats-Unis. Il s'agit, en conséquence, d'une stipulation de garantie formée d'une clause mark-or combinée avec une clause de paiement en monnaie étrangère³⁹. La juridiction d'appel, par voie d'interprétation, en appliquant les principes énoncés dans les articles 133 et 157 B G B⁴⁰, a vu la signification de la stipulation dans l'état d'esprit qui régnait en Allemagne même encore après la stabilisation de la monnaie. Pour garantir la stabilité du montant des obligations, le prospectus de l'emprunt qui avait été émis par la défenderesse (la Province de Hanovre) était libellé en ces termes : 1 mark-or vaut 10/42 dollars de monnaie de l'Amérique du Nord. « Par cela fut exprimée la pensée que le dollar,

(37) J W. 1935, p. 189; R G Z. vol. 147, p. 377; vöL. 148, p. 42; vol. 152, p. 166.

(38) J W. 1935, n° 3, p. 189. Nous nous référons à la traduction de l'arrêt dans le « Journal de droit international privé, 1936, pp. 410 et s.

(39) Voir supra, p. 59.

(40) Voir supra, p. 103.

cette monnaie inébranlable (d'après l'opinion d'alors), donnait une sécurité singulière à la dette libellée en monnaie allemande et que la dette ne devait pas tomber au-dessous d'une somme analogue ».

L'arrêt rejette la thèse de la défenderesse tendant à évaluer la somme due d'après le dollar, monnaie dépréciée, en disant qu'une telle interprétation effacerait entièrement l'efficacité de la clause mark-or, d'autant plus que les conditions de l'emprunt indiquent expressément que le capital devait être remboursé et les coupons payés en monnaie allemande, malgré la stipulation du mode de change. L'arrêt se termine par la constatation que les parties ont voulu établir une dette-or et non pas une dette d'argent (Geldschuld). Enfin, le Reichsgericht a recours à un dernier argument qui ne nous paraît pas, cependant, très convaincant : parce que les acquéreurs des obligations ont payé en monnaie allemande, le remboursement devait se faire également en cette monnaie.

2° *L'arrêt du Reichsgericht (6^e Chambre civile) du 13 mai 1935* ⁴¹.

Il s'agit, en l'espèce, de bons du trésor public d'un Etat allemand libellés en dollars des Etats-Unis d'Amérique qui étaient payables dans une banque à New-York. Malgré le fait que le lieu d'exécution se trouvait en Amérique, la Cour d'appel a appliqué le droit allemand pour la question de la valorisation des bons dont la valeur s'est dépréciée par suite de la chute du dollar, les parties s'étant mises d'accord que la dette devait être payée en Allemagne.

Etant donné que la promesse de rembourser les bons

(41) R G Z. vol. 147, p. 377. Trad. franç., J. D. I. Pr., 1936, pp. 414 et s.

en dollars sans clause de valeur constitue une dette payable en monnaie étrangère, les demandeurs ne sont pas fondés, selon les principes développés dans l'arrêt du 28 juin 1934⁴², à réclamer un paiement en pleine valeur du dollar-or. En revanche, il faut se demander s'il y a lieu d'accorder un droit au rééquilibrage basé sur l'article 242 B G B. Selon le pourvoi en révision, la juridiction d'appel a rejeté à tort la valorisation. L'arrêt du Reichsgericht remarque ici que la dépréciation du dollar qui était au début de l'année 1934 à peu près de 38 % par rapport à sa parité-or, « n'était pas assez importante — d'après la jurisprudence du Reichsgericht — pour justifier la valorisation, *s'il n'y avait pas d'autres circonstances* ». C'est pour cette raison que l'arrêt refuse aux demandeurs le droit au rééquilibrage.

III. *Observations.*

Dans la première section de ce chapitre, nous avons déjà exposé les différentes thèses en matière de rééquilibrage. Ainsi nous ne présenterons ici que quelques simples remarques sur la jurisprudence relative à la question de savoir si la dépréciation du dollar peut donner lieu à une valorisation des créances libellées en cette devise.

En ce qui concerne les espèces que nous venons de rapporter quant aux créances ressorties de contrats unilatéraux, nous relevons dans la note de M. Freund la distinction suivante⁴³. D'une part, le Reichsgericht refuse au créancier le droit de demander le paiement en reichsmarks au cours du change du dollar au jour de la conclusion du contrat lorsqu'il s'agit d'une créance libellée

(42) J.W. 1934, p. 2330. Voir *supra*, p. 69.

(43) J. D. I. Pr., 1936, p. 424.

en dollars sans clause-or (Voir l'arrêt du 13 mai 1935); d'autre part, dans le cas des contrats en marks-or sur la base du dollar, le Tribunal suprême lui accorde « le droit de demander une quantité de reichsmarks évaluée d'après le cours du change au moment de la conclusion du contrat... » (Voir l'arrêt du 12 novembre 1934). Par conséquent, le risque de la dépréciation est supporté dans la première hypothèse par le créancier et dans le second cas, en revanche, par le débiteur.

Il nous paraît que cette distinction ne résulte simplement que de la nature différente entre la clause de paiement en monnaie étrangère et la clause valeur-or dont le Reichsgericht avait tenu compte en tranchant les deux litiges rapportés par nous. Cela ressort avec netteté d'une observation de M. Plesch à l'occasion d'une décision concernant un litige semblable⁴⁴. Il s'agissait de savoir si l'Empire allemand — ayant émis en 1923 des bons du trésor libellés en marks-or et définis par une somme déterminée en dollars américains — « pouvait se prévaloir de cette définition pour rembourser ses titres sur la base du cours baissé du dollar ». Le Reichsgericht considère que la référence au dollar n'a plus aucune importance dans une situation où la valeur du reichsmark par rapport à l'or est restée stable tandis que la valeur du dollar a baissé. En conséquence, le Reich fut condamné à payer la somme nominale en reichsmarks sans aucune déduction.

En ce qui concerne l'arrêt du Reichsgericht du 2 avril 1935⁴⁵ relative à une créance basée sur un contrat synal-

(44) ARPAD PLESCH. Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or, Paris 1937, pp. 158-159, note relative à l'arrêt du Reichsgericht du 22 octobre 1936 (R G Z. vol. 152, p. 166).

(45) Voir supra, p. 131.

lagmatique, nous nous référons à nos développements qui suivent la décision de principe du 21 juin 1933 ^{45 bis}.

Toutefois, nous signalons ici une conséquence assez frappante provenant des solutions opposées que la jurisprudence du Tribunal Suprême a données selon le caractère unilatéral ou le caractère synallagmatique de l'obligation. Nous constatons ainsi que l'argument disant que le créancier perd seulement 13 % ne doit pas constituer, dans un contrat de vente, un obstacle pour le rééquilibrage, tandis qu'une dépréciation de 38 %, dans un emprunt, « n'était pas assez importante... pour justifier la revalorisation... » ⁴⁶. Nous nous contentons d'opposer ces deux formules pour mettre en lumière la contradiction de la jurisprudence en matière de rééquilibrage judiciaire.

Enfin, nous ne voudrions pas manquer de reproduire une remarque très intéressante de M. Martin Domke, spécialiste très réputé dans le domaine de la clause-or, sur l'évolution de la jurisprudence allemande à propos de notre question ⁴⁷. « Les anciennes clauses-or d'avant-guerre insérées surtout dans les opérations internes étaient interprétées constamment comme clauses monnaie-or, et le décret-loi du 28 septembre 1914, suspendant les clauses-or, ne visa donc que les clauses-monnaie-or. Mais après la guerre, la clause-or fut fréquemment insérée dans les emprunts que les débiteurs européens émirent aux Etats-Unis qui étaient les grands banquiers du monde entier et dont la monnaie était réputée la plus sûre. Sous l'impression de cette évolution, la jurisprudence allemande a changé d'attitude même vis-à-vis des clauses-or insérées

(45 bis) Voir supra, p. 110.

(46) Voir supra, p. 135.

(47) MARTIN DOMKE. L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit International privé à la lumière de la jurisprudence comparée (Extrait de la Nouvelle Revue de Droit International Privé, N° 1, 1937), p. 10.

dans les contrats internes et qui se réfèrent au dollar-or, considéré comme une monnaie standard. Cette jurisprudence est consacrée dans plusieurs arrêts du Tribunal de l'Empire depuis 1933... ».

§ 2. *Décisions écartant l'application de la Joint Resolution.*

L'importance de la Joint Resolution du 5 juin 1933 qui annule toutes les clauses-or se trouve en notre matière dans la question de savoir si cette loi a une portée internationale, c'est-à-dire si elle est applicable aussi aux contrats contenant des éléments internationaux. Nous touchons ici au problème de l'ordre public en droit international privé. Selon Mademoiselle Reiss, « la Joint Resolution est une mesure prise dans l'intérêt national, économique et financier des Etats-Unis »⁴⁸. Parce que cette loi a annulé les clauses-or sans distinguer entre les opérations internes et les opérations internationales, ses limites d'application font naître des doutes. Pourtant, la tendance générale du Joint Resolution Act que nous venons de tracer laisse supposer qu'il ne s'applique pas aux rapports internationaux⁴⁹. En tout état de cause, il s'agit d'une loi monétaire que les juges des autres pays considèrent comme une loi de droit public américain dont ils ne tiennent pas compte. Ainsi, le Tribunal de l'Empire, dans deux décisions que nous allons examiner par la suite, a également écarté l'application de la Joint Resolution, en la première espèce pour des raisons de droit allemand interne, en la seconde pour des raisons de droit international privé.

(48) Portée internationale des lois interdisant la clause-or, thèse, Paris, 1936, p. 25.

(49) Ainsi M. DOMKE, op. cit., pp. 6-7.

I. *L'arrêt du Reichsgericht*
(4^e Chambre civile) du 27 avril 1936 ⁵⁰.

1^o *Les faits.*

La demanderesse, l'Energieversorgung Gross-Dresden A G., avait emprunté, au début de l'année 1933, à la défenderesse, la Deutsche Kreditsicherung A G., la somme de 2 millions de dollars et s'était engagée, en retour, à payer les intérêts et à rembourser le capital « en espèces-or des Etats-Unis d'Amérique du poids et du titre existant le 1^{er} avril 1933 ou équivalentes ». En raison de la législation allemande sur les devises, l'emprunteur avait effectué ses paiements par la suite en reichsmarks d'après le cours du dollar, et la défenderesse n'avait pas protesté. La dévaluation de la devise américaine réalisée par son détachement de l'or ainsi que la Joint Resolution annulant les clauses-or fournirent à la demanderesse l'occasion de déclarer que le contrat ne l'obligeait qu'à payer désormais au cours du dollar-papier. Elle soutenait qu'elle était en droit, en vertu du principe de la bonne foi de l'article 242 B G B., de « diminuer sa prestation dans cette proportion, parce que la défenderesse même s'était procuré l'argent prêté par des emprunts américains et que la défenderesse avait stipulé le prêt en dollars pour cette seule raison, de sorte que la défenderesse ferait un gain monétaire injustifié sans cette diminution. » La défenderesse s'opposant à ce règlement, la débitrice n'acquittait le montant intégral des sommes dues que sous réserve. Ainsi elle prétend avoir payé en trop jusqu'au mois d'avril 1935 et réclame la différence entre la valeur de l'ancien et du nouveau dollar.

(50) Trad. française : Nouv. Rev. Dr. Int. Pr., 1936, p. 364 reproduit par M. PLESCH, op. cit., pp. 159 suiv.

Les juridictions inférieures (le Tribunal régional et la Cour de Berlin) ont débouté la demanderesse qui s'est pourvue en révision. La défenderesse demande le rejet du pourvoi.

2° *Les motifs.*

Le Reichsgericht a rejeté le pourvoi de la demanderesse en invoquant les motifs suivants :

Il approuve d'abord la Cour d'appel qui « s'est basée, sans erreur de droit, sur ce que le rapport obligatoire entre les parties est soumis à la loi allemande, de sorte que la loi américaine sur la suppression des clauses-or du 5 juin 1933 *n'est pas applicable en principe*.

Ensuite, l'arrêt du 27 avril 1936 déclare que la décision dépend notamment de la question de savoir s'il résulte du contrat des parties que les modifications de la législation monétaire américaine et l'annulation des anciennes clauses-or agissent sur la dette, ou, dans le cas où, il n'en serait pas ainsi, si la défenderesse doit souffrir néanmoins, en vertu de l'article 242 B G B., une diminution correspondante de sa créance.

La Cour d'appel a répondu comme l'arrêt poursuit, à ces deux questions par la négative.

a) Quant à la *première alternative* de la question, la Cour a considéré la clause-or comme une clause valeur-or qui n'est pas devenue caduque par la modification de la monnaie américaine. Cette interprétation, déclare le Reichsgericht, est inattaquable par le pourvoi en révision parce qu'elle n'était ni impossible ni faite en violation de dispositions légales.

Le point de départ des considérations de la Cour d'appel est constitué par l'idée que les parties, en tenant compte

de l'expérience du temps de l'inflation, ont libellé la dette en une monnaie étrangère stable et se sont même référées à son titre or, pour assurer la stabilité de la valeur de la créance.

Après avoir réfuté un certain nombre de griefs du pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel, le Reichsgericht déclare que « la clause dont l'interprétation est en question, n'est pas une garantie contre une baisse de la valeur du reichsmark dans lequel la dette n'était point exprimée, mais une détermination plus précise de la monnaie étrangère envisagée ».

La demanderesse, continue l'arrêt du Reichsgericht, n'a pas fourni la preuve que tout l'argent prêté à elle, provenait de l'emprunt américain. D'ailleurs, une telle offre de preuve n'aurait au fond rien changé dans les motifs de la Cour d'appel. Et ainsi il est erroné de prétendre que la défenderesse ferait un « gain monétaire injustifié » au détriment de la demanderesse si la clause valeur-or reste valable envers celle-ci bien que supprimée dans les rapports avec les créanciers américains. « C'est, au contraire, la demanderesse qui aurait eu un gain injustifié par la suppression de la clause, parce qu'elle a reçu jadis de la monnaie de pleine valeur de la part de la défenderesse et ne serait tenue que d'en restituer le montant nominal d'une valeur moindre. La défenderesse n'aurait eu de raison de faire participer la demanderesse à un gain monétaire ait par elle au détriment des créanciers américains que si elle n'avait contracté l'emprunt que comme intermédiaire de la demanderesse, ou si elle en avait cédé une partie à celle-ci ; mais aucune de ces alternatives ne s'est réalisée d'après les constatations de fait de la Cour d'appel.

Le Reichsgericht approuve également la considération

subsidaire de l'arrêt d'appel relative à l'hypothèse où la monnaie américaine détachée de l'or ne serait plus du tout une « monnaie-dollar » au sens du contrat. En raison de la clause valeur-or expresse la lacune du contrat aurait pu être comblée par l'interprétation suivante : les parties si elles avaient pensé à cette hypothèse, auraient stipulé un paiement en reichsmarks d'après le cours de l'ancien dollar-or.

b) En ce qui concerne la *seconde alternative*, la Cour d'appel suit la jurisprudence du Reichsgericht selon laquelle on ne peut parler, dans un prêt où l'emprunteur n'est tenu que de restituer les valeurs reçues, « d'une modification essentielle du rapport entre prestation et contre-prestation », de sorte qu'il n'y a pas « d'action compensatrice » pour motiver que l'article 242 B G B. ne justifie pas, en l'espèce, une réduction de la dette. Certes, il ne s'agit pas ici, comme le dit le pourvoi, d'une action compensatrice qui augmente le montant nominal de la prestation due. « Néanmoins, les mêmes raisons qui ont entraîné en matière de prêt de valeur non stable la dénégaration d'une telle action valent nécessairement aussi contre une action en réduction d'une dette de prêt à valeur stable ».

L'arrêt du 27 avril 1936 se termine par des considérations qui disent grosso modo qu'il faut suivre la Cour d'appel de toute façon, car même une autre opinion ne pourrait suffisamment justifier une réduction de la dette. Nous n'entreprenons pas ici de reproduire tous les arguments de la Cour d'appel qui concernent plutôt des faits et auxquels le Tribunal de l'Empire fait allusion.

Le pourvoi de la demanderesse est rejeté.

3° *Analyse de l'arrêt du 27 avril 1936.*

La décision du 27 avril 1936 ne constitue pas un « grand arrêt », et c'est pour cette raison que nous ne jugeons pas nécessaire de la soumettre à un examen approfondi. Nous pensons, cependant, que deux points peuvent être relevés et développés par la suite.

Le premier point concerne la question de savoir si le droit international privé doit intervenir en l'espèce. Le Reichsgericht, en effet, considère la Joint Resolution comme inopérante à l'égard de l'annulation d'une clause-or interprétée comme clause valeur-or et contenue dans un contrat interne allemand non soumis à la législation américaine. Il s'agit donc, pour employer un terme du droit français d'une « opération interne » qui ne peut être nullement atteinte par la Joint Resolution en vertu des principes du droit international privé. Il est intéressant de reproduire, dans cet ordre d'idées, la remarque de M. Domke : « La conséquence de l'interprétation des clauses-or en usage comme clauses-valeur-or est que la loi applicable n'est pas la loi du pays dont on a choisi la monnaie, mais la loi régissant ou bien la dette ou bien les modalités de paiement » ⁵¹.

En second lieu, nous insistons encore une fois pour attirer l'attention sur l'attitude du Reichsgericht à l'égard du droit au rééquilibrage en matière de prêt. Sans vouloir reprendre nos développements antérieurs sur le problème du rééquilibrage judiciaire ⁵², nous nous bornons à signaler que le rééquilibrage pourrait se faire théoriquement aussi dans le sens d'une diminution de la dette nominale. De notre point de vue, ce résultat constituerait un argument précieux contre ce remède juridique.

(51) DOMKE. L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit International privé à la lumière de la jurisprudence comparé, 1937, p. 11.

(52) Voir supra, pp. 116 et s.

II. *L'arrêt du Reichsgericht (4^e Chambre civile)*
*du 28 mai 1936*⁵³.

1^o *Les faits.*

En l'espèce dite « Affaire Kreissparkasse Aachen c. Deutscher Sparkassen-und Giroverband », la demanderesse est porteur de deux titres d'un emprunt émis en 1926 uniquement aux Etats-Unis. Les conditions de l'emprunt prescrivent que les bureaux de paiement se trouvent à New-York et à Chicago et que la loi américaine est applicable. Dans les titres, la défenderesse promet de payer le 1^{er} février 1947, 1.000 dollars en espèces-or des Etats-Unis d'Amérique « of or equal of the standard of weight and fineness existing February 1926 ». Les parties ont en outre stipulé que « tous les droits des trustees et des porteurs sur les obligations communales consignées à titre de sûreté seront déterminés par le droit allemand ».

Selon l'opinion de la demanderesse, la clause précitée doit être considérée comme une clause valeur-or qui est restée valable, tout au moins dans les rapports entre la défenderesse et les créanciers allemands résidant en Allemagne, malgré la Joint Resolution, en vertu de laquelle « toutes les obligations libellées en monnaie américaine seront éteintes..., peu importe si elles contiennent une clause valeur-or ou non ». La demanderesse prétend que cette mesure ne vise pas les engagements et paiements entre des personnes qui ne sont ni ressortissants américains ni établies aux Etats-Unis. Elle croit également que la stipulation de soumettre l'emprunt à la législation américaine ne peut être étendue à la Joint Resolution dont

(53) J.W. 1936, p. 2058, n° 1, traduction française Nouv. Rev. Dr. Int. Pr. 1936, p. 353 reproduite par PLESCH, op. cit., pp. 163 suiv.

l'application, en l'espèce, est d'ailleurs contraire aux bonnes mœurs et au but des lois allemandes.

Parce que la défenderesse a contesté cette manière de voir, l'autre partie demande de « faire constater que la défenderesse est tenue de payer à l'échéance sur chacun des deux titres de la demanderesse le montant qui correspond à la valeur de 1.000 dollars-or au cours du dollar nord-américain du 1^{er} février 1926, à savoir de 1 dollar égal à 4,20 R M., subsidiairement que la défenderesse est tenue de payer cette somme trait pour trait contre la remise des titres ».

La défenderesse, après avoir invoqué l'incompétence du Tribunal régional de Berlin et contesté l'intérêt de la demanderesse, soutient notamment que la Joint Resolution s'applique de la même manière à tous les créanciers d'un emprunt qui, en l'espèce, contient d'ailleurs la prescription dans le prospectus qu'aucun créancier ne doit avoir un privilège quelconque.

Après que le premier juge eut débouté la demanderesse, la Cour d'appel, par contre, lui donna gain de cause. Le pourvoi en révision de la défenderesse fut rejeté.

2° *Les motifs.*

Les motifs de l'arrêt du 28 mai 1936 sont très développés. C'est pour cette raison que nous n'en reproduirons ici qu'un extrait que nous empruntons partiellement à une note de M. Konrad Wolff relative à l'espèce⁵⁴. D'après cet auteur, on peut distinguer, dans les motifs du Reichsgericht, trois points essentiels qui éclairent la question fort complexe de savoir quelle est l'importance de la loi américaine du 5 juin 1933 (Joint Resolution) pour les droits de la demanderesse.

(54) Voir Journal du Droit international, 1936, 4^e et 5^e livraisons, pp. 951 suiv.

Après avoir déclaré qu'il s'agit, selon l'interprétation de la Cour d'appel, d'une cause valeur-or, valable aux termes des lois en vigueur dans l'Etat de New-York lors de l'émission de l'emprunt, le Reichsgericht confirme la manière de voir du juge précédent en déclarant « qu'une telle clause n'est pas contraire aux conceptions allemandes sur les bonnes mœurs ou au but des lois allemandes et que la reconnaissance de cette clause par le droit américain doit donc être respectée par le juge allemand nonobstant l'article 30, Loi d'Introduction, C. civ... ⁵⁵. A l'heure actuelle, aucune loi allemande ne s'oppose à ladite clause, même pas la conception nationale-socialiste du droit... ».

Le problème d'interprétation de la clause-or réglé, le Tribunal de l'Empire, arrive, dans une deuxième partie de l'arrêt, à traiter minutieusement la question de savoir si la Joint Resolution s'applique en l'espèce.

Voici les trois considérants de la décision relevés par M. Wolff :

a) On ne peut admettre que les parties soumettent une convention à la législation d'un pays et qu'elles excluent « en même temps, l'application d'une loi impérative de ce pays relative à une question particulière, qu'il s'agisse d'une loi déjà en vigueur ou d'une loi dont la promulgation ultérieure est crainte par les parties ». En conséquence, étant donné que les parties à un emprunt contracté en 1926 ont soumis leur convention à la législation de l'Etat de New-York, la demanderesse ne pouvait empêcher l'application au contrat de la Joint Resolution, loi des Etats-Unis ayant un caractère d'ordre public.

b) A l'opinion de la Cour d'appel disant que la Joint

(55) Art. 30. Loi d'Introduction : « L'application d'une loi étrangère est exclue lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs et au but d'une loi allemande. »

Resolution n'est en vigueur qu'à l'intérieur des Etats-Unis et que cette loi monétaire ne peut atteindre le rapport entre le débiteur allemand et ses créanciers allemands, le Reichsgericht répond qu'elle est erronée. Il dit : « On ne voit pas pour quelle raison les Etats-Unis ne peuvent pas, s'ils le jugent utile, pour atteindre les buts poursuivis par une loi générale, modifier le montant même de la dette, s'il s'agit d'une obligation soumise par les parties ou en vertu des principes généraux du droit international privé à la législation des Etats-Unis. Peu importe que ni le créancier, ni le débiteur ne soient citoyens des Etats-Unis, et que le paiement se fasse en dehors de leurs frontières. On ne peut pas reconnaître que les Etats-Unis ne puissent avoir aucun intérêt à englober dans leurs règlements les paiements de ce genre lorsqu'ils ont pour objet la monnaie des Etats-Unis ».

c) Néanmoins, l'arrêt du 28 mai 1936 refuse, en l'espèce, l'application du Joint Resolution Act, parce que l'ordre public allemand serait violé si l'on appliquait la loi américaine du 5 juin 1933 aux rapports de la société débitrice avec leurs créanciers allemands. « La Joint Resolution ne peut en effet servir de base à la décision du litige étant donné que son application serait contraire au but des lois allemandes (art. 30, Loi d'Intr. C. c.). » Le Tribunal de l'Empire estime donc que l'annulation rétroactive de la clause valeur-or par une loi américaine exigée, certes, par des intérêts supérieurs du peuple des Etats-Unis, ne saurait être prise en considération dans les circonstances de l'espèce. L'application au rapport entre le débiteur allemand et ses créanciers allemands de la Joint Resolution, loi née exclusivement de la politique économique spéciale des Etats-Unis et adaptée aux nécessités internes de ce pays, serait non seulement une atteinte arbitraire portée

aux droits des particuliers allemands, mais aussi une solution incompatible avec les lois allemandes en vigueur. L'annulation d'une clause valeur-or irait à l'encontre des buts poursuivis par la législation allemande qui « depuis la stabilisation monétaire et surtout depuis l'avènement du régime national-socialiste, ...s'est inspirée du désir de rétablir, après les destructions et troubles de la guerre et de l'après-guerre, la stabilité et la sécurité de l'économie nationale allemande..... La reconnaissance de la validité de la Joint Resolution dans l'espèce entraînerait forcément la même décision dans toutes les affaires et causerait ainsi des troubles considérables à l'économie allemande ». D'ailleurs, les créanciers allemands souffriraient beaucoup plus par suite de cette annulation que les créanciers américains qui eux-mêmes trouvent une compensation par l'essor général de l'économie nationale de leur pays et par une baisse générale du coût de la vie, conséquences de la dévaluation du dollar.

Malgré la distinction entre les créanciers allemands et les créanciers étrangers, la solution adoptée, continue le Reichsgericht, ne porte pas atteinte au principe du droit international privé d'après lequel les étrangers sont assimilés aux nationaux. « Ce n'est pas la nationalité qui est décisive pour la non-application de la Joint Resolution, mais le fait de faire corps avec l'économie allemande. »

L'arrêt du Tribunal de l'Empire se termine en déclarant que la non-application de la Joint Resolution dépend cependant de la condition que le créancier de nationalité allemande doit avoir acquis son titre antérieurement à la promulgation de la loi du 5 juin 1933 et non plus tard à l'étranger au cours réduit par suite de la Joint Resolution. « Seulement, si cette condition est réalisée, il est vrai que le créancier subirait par l'application de ladite loi une

perte imprévisible dont il faut le préserver conformément aux tendances de la législation allemande dans l'intérêt de la nation ».

La condition ainsi posée étant incontestablement réalisée, en l'espèce, par la demanderesse, il faut rejeter le pourvoi en révision de la défenderesse.

3° *Analyse de l'arrêt du 28 mai 1936.*

L'arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936 appartient, à juste titre, à la série des décisions célèbres en matière de clauses-or. Certes, il est vrai que son importance, au point de vue de la théorie générale du droit, nous paraît moins grande, si nous la comparons avec les décisions de principe créant la valorisation et le rééquilibrage judiciaires. Malgré tout, les questions sur lesquelles l'arrêt du 28 mai 1936 a statué, présentaient, comme le dit M. K. Wolff, pour l'économie allemande une gravité exceptionnelle, car de leur solution dépendait le sort d'un grand nombre d'emprunts contractés aux Etats-Unis, après la stabilisation du mark, par de grandes sociétés et des collectivités publiques allemandes⁵⁶. Ces emprunts étaient soumis, dans la plupart des cas, à la législation de l'Etat américain intéressé et devaient être remboursés aux Etats-Unis en monnaie-or américaine, à un état de poids et de titre égal ou équivalent à celui existant au jour de l'émission. Après la chute du dollar en 1933, les porteurs allemands qui avaient acheté les titres de ces emprunts américains, afin de placer leurs économies de la façon la plus sûre (clause dollar-or), demandèrent devant les tribunaux l'exécution de la clause-or insérée dans le contrat d'emprunt.

Les tribunaux et cours étant très divisés sur la question,

(56) Note précitée, p. 963.

la sentence du Reichsgericht fut attendue avec impatience par les épargnants.

Bien que l'arrêt du 28 mai 1936 comporte surtout un intérêt pratique, nous allons l'examiner notamment du point de vue de la doctrine. Notre analyse comprendra quatre chefs sous lesquels nous étudierons successivement :

a) Le principe de l'autonomie de la volonté en matière d'emprunts internationaux;

b) *Le problème de la territorialité des lois monétaires;*

c) la question de l'ordre public;

d) le principe de la non-discrimination des créanciers d'emprunts.

a) *Le principe de l'autonomie de la volonté en matière d'emprunts internationaux.*

L'exposé des faits et des motifs fait ressortir avec netteté que l'espèce concerne en grande partie la question de savoir où se trouvent, en droit international privé, les limites du principe de l'autonomie de la volonté des parties. La Cour de Berlin avait admis le raisonnement de la demanderesse en décidant que les parties, quoique soumises à la législation de l'Etat de New-York, n'avaient pas à subir l'effet du Joint Resolution Act du 5 juin 1933. Le Reichsgericht, par contre, n'admet pas cette conception⁵⁷, suivant, sur ce point, la doctrine allemande qui enseigne que les parties qui ont soumis leur contrat à une législation donnée, doivent, en principe, subir les modifications de cette législation postérieure à la conclusion de celui-là. En conséquence, la clause plaçant la convention sous l'empire d'une autre législation doit être interprétée en droit international privé comme une « localisation du contrat ». Cette

(57) Voir supra, p. 146.

conception dont la théorie de Savigny sur le siège du contrat est à la base est comparée par M. Wolff⁵⁸ avec la thèse dominante en droit français sur ce problème, d'après laquelle les parties pourraient, sous réserve de l'ordre public, chercher leur loi partout où cela leur convient⁵⁹. Comme l'auteur précité le dit, « dans le système allemand, au contraire, la soumission à une législation est un acte de rattachement d'ordre local ». Parce que le contrat, en l'espèce, est placé sous l'empire de la législation américaine, il est lié à celle-ci. En conséquence, la stipulation que ce contrat échappera à l'application d'une loi impérative de la législation qui lui est applicable, ne peut être prise en considération.

Nous constatons donc que la doctrine allemande est en contradiction avec la doctrine française sur ce point. Nous nous référons à une remarque d'ordre général de M. Domke ainsi conçue⁶⁰ : « Les obligations respectives entre le débiteur et les porteurs d'obligations peuvent être régies par une loi étrangère au pays du débiteur, librement choisie par les contractants ». Dans presque tous les pays, la doc-

(58) Voir note précitée, p. 967.

(59) Voir l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 4 février 1936, *Affaire de l'emprunt de la Ville d'Anvers* (Gaz. Pal. 1936-1-513).

Les tribunaux français (jugement du tribunal civil de la Seine du 16 novembre 1938 rapporté par M. JÉZE dans le *Journal des Finances* du 25 novembre 1938 (n° 47)) se sont prononcés récemment à propos d'un litige où il s'agissait d'une action introduite par un porteur d'obligations 6 % émises en 1927 par la Société des Services contractuels des Messageries maritimes sur les marchés canadien et hollandais. Le porteur de ces titres, contenant une clause monnaie-or canadienne du poids et du titre de l'étalon existant au 1^{er} mai 1927, réclamait l'exécution de la clause-or souscrite par les Messageries. La Société débitrice, par contre, se retrancha derrière une loi canadienne du 10 avril 1937 annulant la clause-or dans tous les contrats qui la contenaient. Le Tribunal civil de la Seine s'élève contre l'attitude des Messageries qui invoquent la loi canadienne et soutiennent qu'elles n'étaient pas liées par le prospectus. M. JÉZE résume les arguments juridiques de la décision en disant : « L'accord de volontés, les signatures librement échangées forment la loi contractuelle. C'est, en France, un principe fondamental, d'ordre public.... »

(60) M. DOMKE. *La Clause « Dollar-or »*, 2^e édition, Les Editions Internationales, 1935, p. 41.

trine du droit international privé admet que la plus grande partie du droit des obligations, notamment les stipulations dans les emprunts internationaux, peut être soumise au principe de l'autonomie de la volonté des parties.

M. Domke s'est efforcé d'examiner de près la règle de rattachement en matière de dispositions monétaires et surtout de dispositions concernant la clause-or en se basant sur les principes généraux du droit international privé. Il part du fait que « l'inconvénient de la doctrine de l'autonomie de la volonté est qu'elle permet toutes les fantaisies dans la détermination de la loi applicable ⁶¹ et que c'est surtout en matière d'emprunts internationaux qu'il est difficile de trouver un point d'attache décisif à un pays déterminé. Après avoir constaté que le choix de la monnaie d'un pays n'équivaut pas à la soumission à la législation de ce pays et que l'emploi de la langue d'un pays n'a pas non plus cet effet, l'auteur précité cherche les critères pour déterminer la loi applicable à défaut d'une stipulation expresse et non équivoque. Il expose qu'une première thèse attribue de l'importance au lieu d'émission ⁶²; une seconde opinion représentée surtout par la jurisprudence allemande adopte comme critère le lieu du paiement ⁶³; une troisième méthode enfin, jugée la meilleure selon l'auteur soumet les obligations résultant d'un emprunt à la loi du domicile du débiteur. Cette thèse n'est consacrée par la jurisprudence qu'en matière d'emprunts d'Etat; elle a été adoptée par les arrêts célèbres de la Cour Permanente de Justice Internationale relatifs aux emprunts serbe et brésilien.

(61) M. DOMKE. *L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit International privé*, 1937, p. 13.

(62) Dans ce sens le Tribunal civil de la Seine, jugement du 27 mars 1935 (*Nouv. Rev. Dr. Int. Pr.* 1935, p. 352).

(63) Arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936.

b) *Le problème de la territorialité des lois monétaires.*

En tenant compte du fait que la Joint Resolution constitue une loi monétaire, c'est-à-dire une loi de droit public, l'arrêt du 28 mai 1936 avait à examiner, en second lieu, la question de savoir si cette mesure législative américaine qui forme, selon lui, la loi des parties, pouvait être appliquée aux parties de nationalité allemande en Allemagne ⁶⁴. Le Reichsgericht, comme nous l'avons rapporté ⁶⁵, a réfuté l'opinion de la Cour de Berlin et admis que la Joint Resolution, loi américaine, peut produire des effets extra-territoriaux, « peu importe que ni le créancier, ni le débiteur ne soient citoyens des Etats-Unis, et que le paiement se fasse en dehors de leurs frontières ». Le Reichsgericht ne donne pas de raisons pour son point de vue qui diffère complètement de celui adopté par la jurisprudence française qui déclare que la législation monétaire d'un Etat étranger « est restreinte au territoire de la nation qui l'édicte et ne suit pas les valeurs circulant à l'étranger ». M. Wolff remarque au sujet de cette façon différente d'appliquer les lois monétaires étrangères que la jurisprudence allemande ne pouvait accueillir la manière de voir des tribunaux français, un texte correspondant à l'article 3 du Code civil français faisant défaut en droit allemand. « C'est donc à bon droit que le Reichsgericht a déclaré la thèse de la territorialité de la Joint Résolution dépourvue de base légale. » ⁶⁶

La conséquence de cette différence entre les droits français et allemand n'est d'ailleurs pas très importante. Il ne s'agit que d'une différence de méthode; la solution de l'espece serait la même dans les deux pays : la non-applica-

(64) Voir *supra* sous a).

(65) Voir *supra*, pp. 146-147.

(66) WOLFF, note précitée, p. 969.

tion de la Joint Résolution. La Jurisprudence en France, se basant sur l'idée que les lois françaises sur le cours forcé ont toujours été restreintes aux opérations internes, distingue entre opérations internes et opérations internationales. Cette idée a été consacrée par les lois monétaires du 25 juin 1928 (art. 2, al. 2), du 1^{er} octobre 1936 (art. 6) et du 18 février 1937 (art. 2). Etant donné que les opérations internationales ne sont pas soumises aux lois françaises de cours forcé, le juge français n'aurait pu appliquer la Joint Résolution, car il lui est impossible d'« accorder à la loi monétaire étrangère une compétence plus large que celle qu'il n'accorde aux lois de cours forcé de son pays »⁶⁷.

c) *La question de l'ordre public.*

Ainsi que nous l'avons rapporté⁶⁸, le Reichsgericht, dans l'arrêt du 28 mai 1936, écarte l'application de la Joint Résolution par le moyen de la notion de l'ordre public (art. 30, loi d'intr. B G B.). Mlle Reiss⁶⁹ éclaire fort bien le problème en disant : « Il ne faut pas confondre la question de la portée territoriale des lois abrogeant la clause-or avec celle de l'ordre public ». Nous ne manquons pas non plus de faire une allusion à la théorie de M. Arminjon résumée également par l'auteur précité, selon laquelle l'exception d'ordre public évite l'application d'une loi étrangère normalement compétente, tandis que le principe de la territorialité a pour effet que certaines mesures législatives comme les lois politiques et fiscales d'un pays ne peuvent être appliquées par le juge étranger⁷⁰. Nous rappelons que le Tribunal de l'Empire a déclaré, en l'espèce,

(67) DOMKE. Publication précitée (voir supra, p. 105), p. 17.

(68) Voir supra, pp. 147 suiv.

(69) Mlle REISS. Thèse précitée, p. 106.

(70) ARMINJON. Précis de droit international privé, 2^e éd., Paris, 1934, t. II, p. 367, n° 131.

que la Joint Résolution peut produire des effets extra-territoriaux, c'est-à-dire qu'elle est normalement applicable ⁷¹. Pour écarter, tout de même, la loi américaine du 5 juin 1933, il fallait invoquer des raisons d'ordre public.

Que faut-il penser de ce remède juridique ? L'arrêt du 28 mai 1936, en s'appuyant sur les intérêts supérieurs du peuple allemand qui n'admettent pas que la reconnaissance de la validité de la Joint Résolution entraîne des troubles économiques, déclare qu'il y a incompatibilité entre cette loi américaine et les buts de la législation allemande qui consistent à garantir la sécurité et la continuité de l'économie nationale. M. Domke remarque à l'égard du principe d'ordre public invoqué par l'arrêt du 28 mai 1936 qu'il n'exclut pas un danger : l'intrusion de la politique dans le droit ⁷². Il nous est permis de répondre à cette objection dont nous ne constatons point la gravité que, dans le domaine des lois politiques et fiscales, ce n'est pas le juge étranger qui introduit le premier un élément politique dans sa décision ; il tient plutôt compte, en se servant de la notion de l'ordre public pour reprendre les propres termes de M. Domke, « de l'effet déplorable qu'aurait l'application d'une loi étrangère et contraire aux droits acquis dans le but de servir la politique économique du pays où elle est en vigueur ⁷³. Malgré cette légère nuance, nous suivons l'opinion de l'auteur précité qui préfère à la théorie « aussi générale qu'insaisissable et obscure de l'ordre public » appliquée dans l'arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936 les principes qui guident la jurisprudence française en matière d'affaires monétaires internationales déclarant que les opérations dites internationales ne sont pas sou-

(71) Voir supra, pp. 153-154.

(72) DOMKE. La notion de l'ordre public en matière d'emprunts internationaux. (Rev. de sc. et de législ. financières, 1937, n° 2, p. 228).

(73) DOMKE. L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit International privé à la lumière de la jurisprudence comparée, p. 19.

mises aux lois françaises de cours forcé et non plus aux lois monétaires étrangères ⁷⁴. Par suite de cette interprétation qui se base sur un fait objectif (opération internationale), le caractère politique de la non-application des lois monétaires étrangères s'efface, sans qu'il y ait renonciation à la notion de l'ordre public qui, de ce fait, n'est devenue que plus précise.

d) Le principe de la non-discrimination des créanciers d'emprunt.

L'arrêt du 28 mai 1936, en se servant du principe de l'ordre public pour écarter l'application de la Joint Resolution, a eu une conséquence beaucoup discutée : la distinction entre les porteurs selon leur nationalité en ce sens que la décision protège les porteurs allemands et sacrifie les porteurs non-allemands à condition que les premiers aient acquis leurs titres avant la mise en vigueur de la Joint Resolution.

Le Reichsgericht se rend lui-même compte que cette distinction n'est pas très heureuse, car il déclare que l'on ne peut pas ôter à ses arguments leur force décisive en objectant que par cet effet les créanciers internes sont préférés aux créanciers américains. Ceux-ci doivent subir, dans l'intérêt de leur pays, les pertes qui leur sont imposées par la législation des Etats-Unis. « Ils ne se peuvent pas réclamer que l'économie allemande se charge des pertes sensiblement plus importantes afin que seulement les créanciers allemands ne soient pas privilégiés... Ce n'est pas la nationalité qui est décisive pour la non-application de la Joint Resolution, mais le fait de faire corps avec l'économie allemande. » C'est pour cette raison, poursuit l'arrêt, que la solution adoptée ne constitue point une violation du principe de l'assimilation des étrangers aux na-

(74) Voir *supra*, pp. 153-154.

tionaux, en droit international privé. Que les raisons données par le Tribunal Suprême ne sont pas inspirées de principes juridiques, mais de considérations» « d'ordre public », cela est évident. Des critiques furent soulevées contre l'arrêt du 28 mai 1936; on fit observer que le principe de la non-discrimination des créanciers du même emprunt était violé. D'autre part, les auteurs ne manquaient pas de démontrer les difficultés pratiques de la décision qui résulteraient du fait que le Reichsgericht avait insuffisamment indiqué les critères au moyen desquels on pouvait déterminer les créanciers ayant droit au paiement en or⁷⁵. Fallait-il se référer pour cela à la nationalité, au domicile ou à ces deux éléments à la fois ?

Toutes ces critiques ont amené le législateur à intervenir. « En effet, le gouvernement allemand, sous prétexte de corriger cette distinction erronée du Tribunal de l'Empire, a promulgué une loi qui étend à tous les créanciers, non pas a protection accordée par l'arrêt aux seuls créanciers allemands, mais, au contraire, l'application des lois de dévaluation étrangères annulant les clauses-or »⁷⁶. Ainsi, les emprunts contractés à l'étranger en monnaie étrangère avec ou sans clause-or peuvent être remboursés à leur valeur nominale, en cas de dévaluation de cette monnaie. Il est, d'ailleurs, intéressant de constater que le Reichsgericht s'est trompé sur les intentions du législateur en ce qui concerne la notion de l'ordre public en matière d'affaires monétaires internationales. Il paraît cependant que ces mesures législatives prescrivant que les trois quarts des bénéfices tirés des dépréciations des monnaies étrangères sont confisqués au profit du Trésor du Reich poursuivent surtout un but fiscal.

(75) Cf. WOLFF, note précitée, p. 965.

(76) DOMKE. *Influence...*, p. 18. Loi du 26 juin 1936 suivie de la loi du 23 décembre 1936.

CHAPITRE III.

DES LITIGES AYANT POUR OBJET LES EFFETS RESTRICTIFS DE LA LEGISLATION ALLEMANDE SUR LES DEVISES

Introduction.

Dans notre aperçu sommaire sur l'histoire monétaire et financière de l'Allemagne depuis 1871, nous avons déjà exposé sommairement le contrôle des changes introduit en 1931¹. Il est un fait que les législations sur les devises édictées par un grand nombre de pays dans les dernières années de crise ont créé des difficultés certaines et assez considérables en droit international privé. Les lois allemandes relatives au transfert des devises ont également donné lieu à bien des litiges dans certains pays étrangers. La question était notamment de savoir si les lois et décrets interdisant au débiteur domicilié en Allemagne de régler ses dettes envers les créanciers domiciliés à l'étranger, produisent un effet en dehors de l'Allemagne².

M. Domke, dans une dissertation remarquable, a examiné cette question dont l'importance actuelle ne peut échapper à personne³. Il pose le problème d'une façon

(1) Voir *supra*, p. 22 et s.

(2) Il s'agit de la loi du 9 juin 1933 sur les engagements financiers envers l'étranger (J. O. du Reich, 1933, partie I, p. 349) et de la loi sur l'administration des devises du 4 février 1935 (Ibidem, 1935, partie I, p. 106).

(3) DOMKE. La législation allemande sur les devises en droit international privé, *Journal du Droit International (Clunet)*, 1937, n° 2, pp. 226 suiv.

nette en disant que le créancier étranger (qui demande à son débiteur allemand le paiement) se voit opposer l'exception de l'impossibilité ou celle de la force majeure : ces exceptions sont invoquées par ce dernier en vertu des mesures restrictives du transfert des devises édictées par le législateur allemand. L'auteur explique que le créancier étranger a deux possibilités de poursuivre le débiteur : ou bien en Allemagne, ou bien dans les autres pays où se trouvent des biens du débiteur.

Il est en dehors de notre étude d'examiner l'attitude de la jurisprudence non-allemande au sujet de l'application de la législation allemande sur les devises. Il s'agissait de litiges dans lesquels les débiteurs allemands poursuivis dans un pays étranger avaient invoqué la force majeure ou l'impossibilité de transférer les sommes nécessaires pour le remboursement de leurs dettes ou le paiement des intérêts. D'après M. Domke, les juges non-allemands ont presque toujours refusé de tenir compte des lois restrictives sur le transfert des devises, mais, à vrai dire, pour des raisons différentes selon les espèces. Nous nous bornons à reproduire quelques considérants caractéristiques de la jurisprudence étrangère qui se basent sur la notion de l'ordre public ⁴ ou sur le principe de la territorialité des lois ⁵ ou enfin sur cette règle que l'exception de la force

(4) Le Tribunal Fédéral suisse dit dans son arrêt du 2 mars 1937 : « Le Tribunal Fédéral a déjà maintes fois déclaré avec vigueur que la législation allemande sur les devises est incompatible avec l'ordre public suisse et ne peut donc être prise en considération par le juge suisse d'aucune façon » (Aff. Hunziger c. Haug. Rec. Off. 63, II, 42, Praxis des Bundesgerichts 1937, 1937, n° 52, Journal des Tribunaux, 1937, p. 334).

(5) La Cour de Colmar (1^{re} Chambre) déclare dans un arrêt du 16 février 1939 « que l'exportation non autorisée de capitaux de l'Allemagne constitue, il est vrai, au regard de la loi allemande, une infraction qualifiée crime; mais que cette loi présente un caractère purement politique par le but qu'elle se propose et par les motifs qui l'inspirent; qu'elle est donc essentiellement territoriale et qu'elle n'a aucune autorité en France. » (Affaire Geissmann c. Bentzinger, Gaz. Pal., 14 mai 1937, p. 2).

majeure, en matière de dettes d'argent, ne doit pas être prise en considération.

Evidemment, le juge allemand, qui est obligé d'obéir aux dispositions de la législation sur les devises, tient compte d'autres considérations que celles que nous venons d'énumérer.

Avant d'examiner la jurisprudence allemande, il nous paraît utile d'exposer très sommairement la législation sur les devises qui est caractérisée par un grand nombre de textes d'une complexité extraordinaire. La loi du 9 juin 1933 sur les engagements financiers envers l'étranger prescrit que les dettes relatives au service des intérêts et amortissements et aux prestations similaires périodiques, se transforment de plein droit en dettes libellées en reichsmarks envers la Caisse de Conversion pour les dettes extérieures allemandes⁶. Cette institution désintéresse les créanciers étrangers en leur remettant des titres dits Scrips ou Funding Bonds. En revanche, aucune disposition légale ne règle le sort de l'obligation principale et des dettes qui n'ont pas un caractère périodique.

Ce qui doit être mis en lumière par les décisions que nous rapporterons par la suite, c'est l'interprétation de la législation sur les devises par la jurisprudence allemande. Au cours de l'évolution de celle-ci, il y a eu un revirement important en ce qui concerne la question de savoir si les lois sur les devises s'appliquent aux dettes non visées par celles-ci. Le Reichsgericht, après avoir adopté dans cette question importante une interprétation extensive, a fini par interpréter restrictivement la législation sur les devises.

(6) Le Tribunal d'Amsterdam proclame que le fait d'être empêché de transférer les sommes nécessaires de l'Allemagne aux Pays-Bas n'exclut pas la possibilité de se procurer d'autre manière aux Pays-Bas, l'argent nécessaire (Weekblad van het Recht, n° 12.919 (18 juin 1935).

(7) Cf. § 1^{er} de cette loi.

En conséquence, nous reproduirons dans une première section une décision caractéristique de l'interprétation extensive, dans une seconde section trois arrêts contenant une interprétation restrictive des dispositions légales sur les devises.

SECTION I.

DÉCISION CARACTÉRISÉE PAR UNE INTERPRÉTATION EXTENSIVE DES DISPOSITIONS LÉGALES SUR LES DEVISES : L'ARRÊT DU REICHSGERICHT (7^e CHAMBRE CIVILE) DU 29 JANVIER 1935.

En résumant l'attitude de la jurisprudence allemande en matière de restrictions de Transfert édictés par le Reich, M. Domke déclare que celle-ci considère les prohibitions légales sur les devises non seulement comme des règles de procédure, mais encore comme des règles modifiant le fond de la créance⁸. Cette solution fut appliquée même à des dettes non visées par la loi du 9 juin 1933 dans un arrêt du Reichsgericht du 29 janvier 1935⁹. Nous allons rapporter, par la suite, cette décision dont les conséquences furent considérables, et au point de vue théorique, et au point de vue pratique.

I. *Les faits.*

Le demandeur est propriétaire de trois immeubles grevés d'hypothèques au profit de la défenderesse. Celle-ci donna mainlevée des hypothèques au 31 décembre 1931. Le débiteur (demandeur) demanda à l'Office des Devises

(8) Voir article précité. *Clunet* 1937, p. 229. Cf. *R G Z.* vol. 143, p. 327.

(9) *R G Z.* vol. 147, p. 17.

l'autorisation de rembourser au créancier étranger (défenderesse) sa dette libellée en reichsmarks. L'Office des Devises l'autorisa à se libérer envers la défenderesse par un versement fait en reichsmarks sur un compte bloqué, à condition que celle-ci fût disposée à l'accepter à titre de dation en paiement. Le paiement n'eut pas lieu par suite du refus du créancier. Ce dernier, cependant, accepta finalement le mode de paiement proposé par le débiteur, à condition qu'il acquittât les intérêts échus et en cours, et en plus les intérêts moratoires, en les versant à son compte de chèques postaux. Cela fait, il rendit les lettres hypothécaires.

Le demandeur agit en répétition des intérêts, étant donné que la défenderesse s'est trouvée en demeure et s'en est enrichie sans cause (art. 301, 812 B G B) ¹⁰.

Le premier juge (Landgericht Berlin) avait donné gain de cause au demandeur. Le pourvoi en révision de la défenderesse fut rejeté.

II. *Les motifs.*

L'arrêt du 29 janvier 1935 s'associe à l'appréciation du premier juge qui estime que la défenderesse est constituée en demeure par suite de son refus d'accepter comme dation en paiement le paiement à un compte bloqué. Le demandeur, en vertu de la loi du 4 août 1931 relative au contrôle des changes, était dans l'impossibilité d'effectuer sa prestation par un paiement au comptant. Il n'a pu non

(10) *Art. 301* : « Si la dette d'une somme d'argent est productive d'intérêts, le débiteur ne doit pas les intérêts pendant la demeure du créancier. »

Art. 812 : « Celui qui, par une prestation ou d'une autre manière, obtient quelque chose sans cause juridique au dépens d'une autre personne, est obligé à restitution envers cette personne... ».

plus obtenir l'autorisation de l'Office des Devises de payer de cette manière.

La 7^e chambre déclare que les dispositions des lois sur les devises agissent sur le fond de l'obligation. Par suite de cette législation, le créancier n'est pas en droit de réclamer le remboursement à l'étranger, malgré l'échéance de la dette, l'Office des Devises n'ayant pas donné son autorisation.

En l'espèce, la défenderesse avait insisté, à l'échéance, pour exiger le paiement à l'étranger, nonobstant la connaissance qu'elle avait de l'impossibilité du débiteur de se libérer en payant au comptant à l'étranger, fait par lequel celui-ci se rendrait coupable d'infraction aux prescriptions pénales de la législation sur les devises. Puisque le demandeur avait tout fait dans le cadre des possibilités légales pour effectuer sa prestation, la défenderesse n'aurait pas dû insister sur le remboursement des hypothèques; elle n'a pas agi conformément au principe de l'équité de l'article 242 B G B en refusant d'accepter le paiement à un compte bloqué comme dation in solutum. Il est, d'ailleurs, incompréhensible que la défenderesse s'y soit opposée, car elle n'a pas pu obtenir davantage par son refus en raison des dispositions impératives en matière de devises. Elle aurait pu s'attendre plutôt à ce que le demandeur consignât le montant de la dette dans un lieu public, selon l'article 372 B G B ¹¹. Il est évident que les intérêts de la défenderesse n'auraient pas été mieux préservés de cette façon que par le versement à un compte bloqué. L'équité exige que le créancier ne puisse faire tomber les conséquences préjudiciables de son attitude

(11) Art. 372 : « Lorsque le créancier est en demeure d'accepter, l'argent, les valeurs et autres titres, ainsi que les objets précieux peuvent être consignés pour lui par le débiteur, dans un lieu public à ce affecté... »

envers le débiteur qui, dans les limites du possible, a tout fait pour effectuer la prestation. Aussi est-ce en vain que le pouvoir critique les constatations du premier juge d'après lesquelles la défenderesse, se trouvant en demeure, n'était pas fondée à réclamer, selon les articles 295¹² et 301, les intérêts à partir du 1^{er} janvier 1932.

En conséquence, il ressort des articles 812 et 814¹³ B G B. que la défenderesse est obligée à restitution au demandeur. Le fait que le paiement des intérêts n'était qu'une prestation, sous réserve, déclare le Landgericht, résulte de la correspondance des parties.

SECTION II.

DÉCISIONS CARACTÉRISTIQUES PAR UNE INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES DISPOSITIONS LÉGALES SUR LES DEVISES

En tenant compte des vives critiques contre l'arrêt du 29 janvier 1935 rendu par la 7^e Chambre, la 4^e Chambre civile du Reichsgericht adopta en matière de restrictions de transfert une autre manière de voir dans une décision du 16 mars 1936¹⁴. Peu après, dans une autre affaire, elle ne put contredire la 7^e Chambre qu'en soumettant le cas à la Grande Chambre civile. Celle-ci trancha la question dans un arrêt du 23 mai 1936¹⁵ en adoptant le point de vue restrictif de la 4^e Chambre.

(12) Il est inutile de reproduire ce texte relatif à l'offre verbal faite au créancier.

(13) *Art. 814* : « Ce qui a été presté indûment dans le but de remplir une obligation ne peut être répété si l'auteur de la prestation a su qu'il n'était pas obligé de la faire ou si la prestation répondait à un devoir moral ou à une considération de convenance. »

(14) R G Z. vol. 151, p. 35; J W. 1936, p. 1284, n° 3.

(15) R G Z. vol. 151, p. 116; trad. franç. *Nouv. Rev. d. dr. int. pr.* III (1936), p. 578, note M. MEZGER.

Nous reproduirons, par la suite, les deux arrêts précités dans les deux premiers paragraphes; ensuite, dans un troisième paragraphe, nous nous efforcerons d'analyser cette jurisprudence.

§ 1. *L'arrêt du Reichsgericht (4^e Chambre civile)*
du 16 mars 1936.

I. *Les faits.*

La demanderesse, de nationalité allemande, avait emprunté, en 1929, à la défenderesse (dans l'espèce, une banque allemande), 10.000 livres anglaises dont celle-ci était elle-même débitrice envers des créanciers étrangers. Les parties stipulèrent que le remboursement devait se faire au cours de l'année 1934 en monnaie anglaise effective, la demanderesse remit à la banque un chèque de 126.800 R M afin de régler sa dette. Mais celle-ci, en refusant d'accepter le paiement, passa cette somme au crédit d'un compte spécial en reichsmarks. Le débiteur demanda par voie d'action de constater qu'il était en droit d'exiger la conversion des reichsmarks en livres au cours du change officiel de la bourse de Berlin au jour du paiement. Il fut débouté de sa demande par le Landgericht de Berlin; la Cour de Berlin (Kammergericht), par contre, lui donna gain de cause.

Le Reichsgericht rejeta sa demande.

II. *Les motifs.*

Après avoir constaté que l'introduction de l'action ne dépend pas, en l'espèce, d'une autorisation de l'Office des Devises et qu'il s'agit d'une clause de paiement en monnaie étrangère « effective », l'arrêt du 16 mars 1936 dé-

clare que l'on ne peut appliquer ici l'article 245 B G B.¹⁶, texte que le juge précédent a voulu appliquer. Les conditions d'application de ce texte ne sont pas réunies pour la simple raison que les livres anglaises n'ont pas complètement disparu de la circulation allemande et qu'il n'y a pas non plus impossibilité absolue d'en avoir par des procédés légaux. En outre, la 4^e Chambre civile rejette la manière de voir de la Cour de Berlin en ce qui concerne l'application de l'article 242 B G B. Elle n'admet pas le bien-fondé de l'argument du juge précédent qui prétend qu'il y a impossibilité permanente et objective pour le débiteur, par suite de la législation sur les devises, de rembourser sa dette en livres anglaises et, par conséquent, en vertu du principe de la bonne foi, le débiteur serait en droit de se libérer de sa dette en faisant un versement en reichsmarks. Au contraire, déclare le Reichsgericht, il n'est pas compatible avec l'équité d'imposer à la défenderesse qui alors n'avait point réclamé le remboursement d'accepter, contre sa volonté, un paiement en reichsmarks, à titre de *datio in solutum*. L'arrêt du 16 mars 1936 réfute l'exception de l'impossibilité permanente et objective de la prestation (art. 275 B G B)¹⁷ en disant que la législation sur les devises s'explique par des nécessités économiques actuelles et n'a qu'un caractère temporaire et provisoire. Il est, par conséquent, contraire au but de cette législation de lui prêter l'intention de créer une impossibilité permanente pour le débiteur de payer une dette libellée en monnaie étrangère en cette devise. C'est pour cette raison que la jurisprudence approuvée par le Reichsgericht, ne rejette des demandes en paiement de devises que provisoirement. Les objections

(16) Voir *supra*, pp. 30-31.

(17) Voir *supra*, p. 98, note 1.

que l'on peut faire contre l'hypothèse d'une impossibilité temporaire et contre ses conséquences ne sont pas fondées. La 4^e Chambre suit ici la thèse de M. Hartenstein (*Devisennotrecht*, Berlin 1935, p. 300) qui, tout en reconnaissant l'inconvénient du fait que l'obligation est laissée ainsi en suspens pour un temps indéterminé, déclare que ce n'est pas non plus une solution souhaitable, que de supprimer ce fait en libérant le débiteur complètement de sa dette libellée en monnaie étrangère.

Le Reichsgericht s'occupe ensuite de la tentative faite en jurisprudence et en doctrine pour atténuer les effets sévères de la législation sur les devises, en ce qui concerne les rapports entre débiteur et créancier. On avait proposé d'appliquer le principe de l'article 242 B G B., selon lequel le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la bonne foi et l'intention commune des parties déterminées d'après les usages. Dans la décision du Reichsgericht du 29 janvier 1935 sur laquelle la Cour de Berlin s'appuie, la 7^e Chambre civile avait appliqué le principe de l'article 242 B G B. également au créancier étranger qu'elle déclare obligé, selon la bonne foi, d'accepter, contre sa volonté, à la place de la prestation en monnaie étrangère stipulée dans le contrat, un versement en reichsmarks sur un compte bloqué à titre de dation en paiement. Il s'agirait, en l'espèce, d'un cas analogue, dit la Cour de Berlin, qui décide que le chèque libellé en reichsmarks et remis à la banque (défenderesse) doit être considéré par celle-ci comme un paiement ayant effet libératoire à l'égard de sa créance libellée en livres anglaises.

La 4^e Chambre ne croit pas pouvoir adopter la solution de la 7^e Chambre sur ce point. D'ailleurs les faits de l'espèce diffèrent de ceux de l'arrêt du 29 janvier 1936,

étant donné que le débiteur et le créancier sont tous deux de nationalité allemande.

En outre, remarque la 4^e Chambre, quand on fait application du principe de la bonne foi, il faut tenir compte non seulement de la situation du débiteur, mais aussi de celle du créancier. Alors, en l'espèce, comme il est constaté par le juge du fait, le prêt que la défenderesse avait accordé à la demanderesse provenait d'un emprunt que celle-ci avait contracté avec des créanciers étrangers et elle était elle-même tenue de le leur rembourser effectivement. La défenderesse, en raison des conventions « standstill », n'est pas en droit de se libérer sur le champ envers ses propres créanciers étrangers en monnaie allemande; elle n'a donc aucun intérêt d'accepter des reichsmarks au lieu des livres anglaises convenues.

L'arrêt du 16 mars 1936 statue en conséquence ainsi : le débiteur est aussi peu fondé en droit à se libérer, contre la volonté du créancier, par un versement en reichsmarks au cours du change de la livre au jour du paiement que le serait le créancier s'il demandait actuellement un paiement effectif en livres.

§ 2. *L'arrêt du Reichsgericht (Grande Chambre civile) du 23 mai 1936*¹⁸.

I. *Les faits*¹⁹.

« La demanderesse, une société dont le siège est à Amsterdam, avait prêté aux défendeurs, domiciliés en Allemagne, une somme en reichsmarks. Le crédit avait

(18) R G Z, vol. 151; p. 116; trad. franç. et note de M. MEZGER, Nouv. Rev. Dr. Int. Pr. 1936, 578 reproduite par M. PLESCH, op. cit., pp. 243 et s.

(19) Nous reproduisons les faits textuellement selon l'arrêt.

été garanti par des dettes foncières en marks-or. A l'échéance, au 1^{er} avril 1932, les défendeurs offrirent en paiement le versement en reichsmarks à un compte bloqué, que l'Office des devises était disposé à autoriser. La demanderesse refusa d'accepter ce versement comme dation en paiement. Les défendeurs consignèrent par la suite l'argent chez un notaire. Lorsque la demanderesse déclara, en Octobre 1932, avoir l'emploi en Allemagne de sommes en reichsmarks, les défendeurs se procurèrent les autorisations nécessaires de l'Office des devises et payèrent, en Décembre 1932, la plus grande partie de la dette principale. La demanderesse se déclara satisfaite jusqu'à concurrence de cette somme et renonça à ses dettes foncières. Ensuite, on discuta sur les intérêts que les défendeurs n'avaient payés que pour une partie. Les défendeurs contestèrent devoir les intérêts réclamés par la demanderesse, et prétendirent ne devoir d'intérêts que pour la période antérieure au 1^{er} avril 1932, étant donné que la créancière avait été mise en demeure d'accepter à cette date. La Cour d'appel a rejeté la demande en paiement des intérêts : en appliquant le droit allemand, elle estime, d'accord avec l'arrêt de la 7^e Chambre civile du 29 janvier 1935, R G Z, 147, 17, qu'en vertu de l'article 301 Code civil²⁰, les défendeurs ne sont plus tenus de payer les intérêts, la créancière étant en demeure d'accepter depuis le 1^{er} avril 1932 ».

Le Reichsgericht rejeta le pourvoi en révision de la demanderesse.

II. *Les motifs.*

L'arrêt du 23 mai prend comme point de départ de

(20) Art. 301 : « Si la dette d'une somme d'argent est productive d'intérêts, le débiteur ne doit pas les intérêts pendant la demeure du créancier. »

ses considérations l'article 298 B G B. qui prescrit que le créancier est en demeure d'accepter lorsqu'il n'accepte pas la prestation dûment offerte. La solution de l'espèce dépend, comme la décision le déclare, de la question de savoir si le versement fait en reichsmarks à un compte bloqué pour le créancier étranger dans une banque allemande doit être considéré comme la prestation due, même si le créancier ne consent pas à ce versement. « Il en serait ainsi si l'autorisation par l'Office des devises d'un tel versement modifiait le contenu de l'obligation en ce sens que le débiteur dût désormais, au lieu du paiement en reichsmarks prévu dans le contrat, le versement à un compte bloqué. »

Après avoir mis en lumière ainsi le problème essentiel, le Reichsgericht rappelle que le rapport juridique entre créancier et débiteur peut être touché au fond par la législation sur les devises ²¹. Il est cependant nécessaire, pour résoudre la question de savoir dans quelle mesure les prohibitions de transfert agissent sur le fond de la dette, de s'appuyer sur cette législation. Or, après un examen minutieux des décrets sur le commerce des devises du 1^{er} août/17 novembre 1931 ²² et du 23 mai 1932 ²³ ainsi que de la loi sur le commerce des devises du 4 février 1935 ²⁴, le Reichsgericht conclut que tous ces textes, ayant trait à la question, ne contiennent aucune disposition portant que le créancier d'une prestation soumise à l'autorisation est tenu d'accepter en paiement un versement fait par le débiteur à un compte bloqué dans une banque de devises.

Après quelques remarques d'ordre général sur le but

(21) R G Z. vol. 143, p. 327.

(22) R G Bl. I, pp. 421, 679.

(23) R G Bl. I, p. 231.

(24) R G Bl. I, p. 106.

de la législation des devises, le Reichsgericht déclare que le fait que le législateur a énuméré expressément les cas où le débiteur est tenu de régler ses dettes envers le créancier étranger en les versant à l'échéance, en reichsmarks, au profit de ce dernier à la Caisse de conversion pour les dettes étrangères allemandes, « prouve que dans les autres cas, en particulier lorsqu'il s'agit du remboursement du principal, le créancier n'est pas tenu d'accepter en paiement, contre son gré, le versement à un compte bloqué ».

« Si le législateur avait voulu créer une telle obligation, il l'aurait dit nettement », car une telle modification de la prestation due porterait une atteinte considérable aux intérêts du créancier. Le Reichsgericht ajoute que cette opinion n'est pas contraire au but de la législation sur les devises qui ne poursuit que le but d'empêcher la sortie désordonnée des devises de l'économie allemande et l'emploi rationnel des devises disponibles. D'ailleurs, l'arrêt de la 7^e Chambre civile du 29 janvier 1935 ²⁶ n'admet pas non plus qu'une telle modification de l'obligation résulte des mesures relatives aux restrictions de transfert. Cette décision, par contre, déclare que le créancier agit d'une manière déloyale (art. 242 B G B.) lorsqu'il refuse d'accepter en paiement le versement à un compte bloqué. La Grande Chambre civile, cependant, répond à cet argument de texte en invoquant le fait que le législateur sur les devises a laissé l'obligation intacte. S'il avait voulu la modifier, il en aurait disposé en ce sens.

Etant donné cette interprétation, l'arrêt du 23 mai 1936 se pose la question de savoir « si au cas où le créancier refuse d'accepter en paiement le versement à un compte

(25) § 1^{er} de la loi du 9 juin 1933.

(26) Voir *supra*, p. 161.

bloqué, le débiteur a le droit de se libérer aux termes des articles 372²⁷, 378²⁸, en consignnant la somme due et en renonçant au droit de la retirer ». Il y répond par la négative, parce que « la consignation porterait en effet une atteinte aussi grande aux intérêts du créancier que le versement à un compte bloqué ».

Ainsi, conclut la Grande Chambre civile, « dans l'état actuel de la législation, l'obligation reste suspendue lorsque le créancier refuse d'accepter en paiement le versement à un compte bloqué ». Il faut supposer que, si le législateur a créé cette situation qui peut comporter des inconvénients pour le débiteur allemand ayant un intérêt à se libérer, il a voulu agir ainsi dans l'intérêt de l'économie allemande. Il est très intéressant de reproduire la dernière considération de l'arrêt : « Est inexacte l'opinion émise en doctrine, d'après laquelle il est conforme au sentiment moderne du droit de trancher un antagonisme d'intérêts entre le créancier et le débiteur interne en faveur de ce dernier. D'abord, dans la législation sur les devises, les notions d'étranger et d'indigène ne sont pas déterminées par la nationalité, mais par le domicile, la résidence habituelle, le siège ou le lieu d'administration « art. 6, al. 6, loi du 4 février 1935). Ensuite, ladite opinion méconnaît qu'en cette question les intérêts de l'économie allemande ne coïncident pas toujours avec ceux du débiteur allemand individuel. Il est conforme justement au sentiment national-socialiste du droit que, dans un antagonisme d'intérêts, l'intérêt général prime l'intérêt du particulier. »

(27) Voir *supra*, p. 163, n. 11.

(28) *Art. 378* : « Dans le cas où le retrait de la chose consignée est exclu, le débiteur, par la consignation, est libéré de son obligation de la même manière que si à l'époque de la consignation il avait fait la prestation au créancier. »

§ 3. — *L'analyse des arrêts du 16 mars et
du 23 mai 1936.*

Les deux arrêts précités ont une importance fondamentale en ce qui concerne la question de savoir si la législation relative aux devises agit sur le fond de la créance. C'est surtout le mérite de la 4^e Chambre civile et de la Grande Chambre civile du Reichsgericht d'avoir éclairci ce problème délicat. La *doctrine* est partagée sur la solution adoptée par lesdites chambres. Nous nous bornons à citer deux auteurs allemands ayant une solide réputation en matière de législation sur les devises et qui présentent une attitude tout à fait opposée à l'égard de la question que nous venons d'énoncer : ce sont MM. Dietrich²⁹ et Hartenstein³⁰ parmi lesquels le premier s'est prononcé contre l'interprétation restrictive des lois sur la prohibition de transfert, tandis que le dernier l'approuve.

Nous donnerons, par la suite, d'abord un résumé de la dissertation de M. Hartenstein qui expose, d'ailleurs, brièvement la thèse de M. Dietrich. Nous y ajouterons quelques observations finales qui constitueront l'essai d'une théorie de l'obligation en suspens.

I. — *Les thèses de MM. Hartenstein et Dietrich.*

1^o M. Hartenstein examine, d'une manière systématique, le problème évoqué dans les deux arrêts que nous venons de rapporter. Il commence son analyse par l'énoncé de la règle ressortant de la loi du 4 février 1935 et confirmée par la jurisprudence³¹ et la majorité des auteurs,

(29) Voir J W. 1936, p. 1284, note.

(30) J W. 1936, p. 2833.

(31) R G Z. vol. 143, p. 312; J W. 1934, p. 337.

que le refus de l'autorisation d'accorder des devises rend le paiement de la dette nul et illégal et qu'une telle prestation illégale est à considérer au point de vue juridique comme impossible, mais que cette impossibilité n'est que provisoire.

2° Cette interdiction de payer en monnaie étrangère laisse le sort de l'obligation en suspens ce qui peut entraîner des conséquences préjudiciables pour les deux parties. Le fait que les contractants sont liés au delà de l'échéance de la créance peut aboutir à des difficultés pratiques qui deviennent, avec la prolongation de cet état de choses, de plus en plus grandes. Il est possible que les parties trouvent une solution à l'amiable, conforme à la législation sur les devises. Mais si elles ne peuvent se mettre d'accord, quelle est le sort de l'obligation ? Les dispositions relatives au transfert des devises ne règlent pas ce point pourtant important. C'est pour cette raison que la jurisprudence s'est posé la question de savoir s'il y avait une possibilité de trouver, en vertu des principes généraux du droit civil, une solution qui aboutît à l'extinction de l'obligation nonobstant la volonté contraire du créancier. Cette thèse a été présentée sous deux formes.

En premier lieu, M. Hartenstein cite l'arrêt de la 7^e Chambre civile du Reichsgericht du 29 janvier 1935³² qui se base sur l'argument suivant : le créancier agit d'une manière déloyale (art. 242 B G B.) lorsqu'il refuse d'accepter en paiement le versement à un compte bloqué. La 7^e Chambre s'appuie encore sur l'article 372 B G B. en vertu duquel le débiteur serait fondé en droit à se libérer en consignat la somme due pour une cause provenant de la personne du créancier.

En second lieu, sur le plan de la doctrine, M. Dietrich,

(32) Voir *supra*, p. 161.

dans une série d'articles, a également soutenu la thèse que la dette « envers l'étranger atteinte par la prohibition du transfert des devises se transforme, en vertu du principe de l'interprétation légale de la volonté des parties ³³, en une dette libellée en marks bloqués. L'argument essentiel de l'auteur précité en faveur de sa thèse est plutôt d'ordre économique. Il dit dans sa note relative à l'arrêt de la 4^e Chambre civile du Reichsgericht du 16 mars 1936 que la question de savoir si le créancier étranger est obligé d'accepter des marks bloqués à titre de dation en paiement doit être résolue uniformément, parce que les dettes allemandes envers l'étranger ne peuvent être réglées que d'une seule manière. Laisser l'obligation en suspens, comme l'arrêt du 16 mars 1936 le fait, signifie perpétuer le rapport entre créancier et débiteur pour un temps indéterminé. Une telle obligation qui ne peut s'éteindre par le paiement, a manqué son but économique et est devenue dépourvue de valeur et d'utilité. Elle n'existe que dans le droit théorique et constitue plutôt un facteur destructif. Mais la vie économique, ne se laissant pas entraver à la longue, passera outre et donnera à la dette la forme juridique qui rend son paiement possible.

Le problème a trouvé sa solution définitive dans l'arrêt de la Grande Chambre civile du 23 mai 1936. M. Hartenstein approuve pleinement cette jurisprudence qui, selon lui, a le grand mérite de ne pas négliger l'intérêt de l'économie nationale qui prime, en l'espèce, les intérêts du débiteur. L'auteur trouve également très méritoire que le Reichsgericht se soit dressé contre « la conception moderne du droit » qui exige que ce soit le débiteur national qui, dans un conflit d'intérêts, soit préféré au créancier étranger.

(33) Cf. art. 157 B G B.; voir *supra*, p. 103, n. 31.

3° Un problème juridique semblable existe pour une obligation libellée en monnaie étrangère lorsque les deux parties contractantes sont de nationalité allemande. Dans cette hypothèse, le débiteur n'est pas non plus à même de faire à l'échéance la prestation convenue dans le contrat, puisque l'Office des Devises lui refusera l'autorisation de payer en monnaie étrangère. Par contre un remboursement sans autorisation est admis en reichsmarks, à condition que la conversion se fasse d'après le cours officiel du change. Une considération superficielle pourrait aboutir au résultat qu'il ne serait pas contraire à l'équité d'obliger le créancier à accepter le versement en monnaie allemande, étant donné qu'il devait offrir à la Reichsbank les devises reçues. La décision de la 4^e Chambre civile du Reichsgericht du 16 mars 1936, cependant, n'a pas suivi cette manière de voir, comme nous l'avons déjà exposé. Tout en approuvant, en principe, l'interprétation du Tribunal du Reich, M. Hartenstein remarque qu'il ne faudrait pourtant pas généraliser une telle solution qui se base sur un texte comme l'article 242 B G B.

4° D'après les développements de l'auteur précité, le problème le plus difficile à résoudre pendant le temps où l'obligation est en suspens est la question des intérêts contractuels. L'arrêt de la 4^e Chambre civile du Reichsgericht du 23 juillet 1936 ³⁴ s'est prononcé en faveur du cours des intérêts. On y trouve, d'ailleurs, des considérations de principe sur l'aspect juridique de l'obligation en suspens. L'impossibilité de rembourser le capital créée par la législation allemande sur les devises, déclare l'arrêt précité, n'est pas définitive, mais seulement passagère et n'a donc aucun effet libératoire. « La législation sur les devises est une lé-

(34) J W. 1936, 2858, N° 5; trad. franç. dans PLESCH, op. cit., pp. 247 et s.

gislation temporaire (Notgesetzgebung), destinée à servir aux besoins du moment seulement et inspirée de l'idée que l'économie libre est l'état normal (R G Z. 151, 38). »

II. — *Observations finales : essai d'une théorie de l'obligation en suspens.*

Après avoir reproduit, dans ce chapitre, les arrêts les plus importants du Reichsgericht concernant les effets de la législation sur les devises en droit privé, nous avons résumé les deux thèses opposées des auteurs sur cette question. Il ne nous reste qu'à essayer d'exposer, d'une façon systématique, les trois points de vue que l'on peut relever : A. Le point de vue de l'économie nationale. — B. Le point de vue de l'intérêt des parties. — C. Le point de vue du droit.

Nous allons nous efforcer de soumettre ces trois points de vue aux principes qui régissent le droit des obligations. Il paraît que c'est l'article 242 B G B. qui sert de remède juridique pour appuyer la conception « moderne » du droit. Certes, il est difficile de trouver en temps de paix politique et économique une base légale pour les effets que le contrôle des changes engendre. Nous nous trouvons ici devant un fait de prince, mesure de droit public, qui, sans que le cours forcé soit proclamé, intervient dans les rapports de droit privé. Il se pose la question de savoir si les anciennes notions juridiques suffisent pour résoudre ce problème. Evidemment, le Code civil allemand est riche en textes à l'aide desquels on peut trouver des solutions qui tiennent compte de l'évolution des faits économiques. La jurisprudence ne peut s'y dérober. Mais nous ne pouvons nous empêcher de croire que, dans ce cas, c'est le plus souvent l'« obligatio » au sens classique du terme, la fidélité à la parole donnée, qui en est victime.

A. — *Le point de vue de l'économie nationale.*

C'est un fait que la jurisprudence moderne de tous les pays recourt de plus en plus à des considérations sur l'intérêt général. Nous n'avons pas l'intention d'insister ici sur cette notion qui se justifie pleinement dans beaucoup de domaines de la vie politique, sociale et économique de n'importe quel pays. Il nous paraît cependant que l'on doit se garder d'en abuser, même quand il s'agit, comme en nos espèces, des lois monétaires ou de la législation sur les devises. Le Reichsgericht flétrit avec raison la conception qui confond l'intérêt du débiteur allemand avec les intérêts de l'économie allemande. Nous nous demandons si la jurisprudence n'a pas trop souvent tendance à se servir des intérêts de l'économie nationale comme argument juridique. Cela signifie introduire la politique dans le droit au préjudice de celui-ci. Et ainsi que nous l'avons vu, le risque n'est pas exclu que les tribunaux peuvent se tromper sur ce qu'ils appellent « intérêt général » ou « ordre public ». Nous croyons que le véritable intérêt de l'économie nationale se trouve plutôt dans l'application des principes de droit assurant au maximum la fidélité du débiteur à sa parole donnée en vue de préserver intacte la confiance dans le crédit de la nation.

B. — *Le point de vue de l'intérêt des parties.*

En second lieu, nous envisagerons le problème des effets du contrôle des changes sur le droit privé sous le point de vue du rapport contractuel des parties. Par conséquent, nous aborderons la question : 1° du point de vue de l'intérêt du débiteur; 2° du point de vue de l'intérêt du créancier.

1° *Le point de vue de l'intérêt du débiteur.*

L'obligation en suspens entraîne un certain nombre de conséquences pour le débiteur dont nous allons traiter par la suite.

a) Quoique le débiteur ne soit pas en demeure de le faire, il doit continuer après l'échéance à payer les *intérêts contractuels*³⁵. D'ailleurs, l'article 353 du Code de commerce allemand astreint les commerçants à se payer entre eux les intérêts moratoires, même en cas d'un retard excusable. Nous remarquons que le service prolongé des intérêts contractuels peut être très onéreux pour le débiteur qui désire être libéré de sa dette en faisant un versement en reichsmarks sur un compte bloqué.

b) La suspension de la créance peut créer un autre inconvénient pour le débiteur. Il est certain que celui-ci est empêché par la législation sur les devises de s'acquitter en monnaie étrangère³⁶. Mais les exceptions d'impossibi-

(35) Arrêt du Reichsgericht du 23 juillet 1936, voir supra, p. 176.

(36) Afin d'expliquer sommairement le mécanisme du contrôle des changes tel qu'il fonctionne en Allemagne, nous allons préciser quelques problèmes moins connus en dehors de l'Allemagne. Il se pose en particulier la question de savoir quelle serait exactement la solution si le créancier et le débiteur étaient tous deux domiciliés en Allemagne, soit dans l'hypothèse d'un contrat prévoyant un paiement en monnaie étrangère effective, soit dans l'hypothèse d'un contrat prévoyant le paiement d'après le cours du change d'une monnaie étrangère. Nous y répondrons en faisant les observations suivantes :

La législation sur les devises, d'après le but qu'elle poursuit doit « empêcher la sortie désordonnée des devises de l'économie allemande, et d'économiser rationnellement les devises disponibles et celles qui seront acquises » (R G Z. vol. 151, p. 116, trad. franç. dans Plesch, op. cit., p. 243 et s.) Les notions d'étranger et d'indigène ne sont pas déterminées par la nationalité, mais par le domicile, la résidence habituelle, le siège ou le lieu d'administration (art. 6, al. 6, loi du 4 février 1935). La terminologie juridique allemande parle à ce sujet de « Deviseninländer » (indigène en matière de devises) et de « Devisenausländer » (étranger en matière de devises). Par conséquent, le contrôle des changes ne s'applique qu'à l'hypothèse où il existe un rapport obligatoire entre un débiteur domicilié en Allemagne et un créancier domicilié dans un pays autre que l'Allemagne. C'est d'ailleurs le Code civil allemand qui, dans son article 244 auquel nous avons déjà fait allusion à plusieurs

lité ou de force majeure qu'il invoque sont sans valeur dans l'hypothèse où il possède des *biens en dehors de l'Allemagne*, que le créancier étranger peut saisir afin de se faire payer. L'étude de la jurisprudence des tribunaux non-allemands démontre d'ailleurs que, même en dehors de la question de savoir si la législation allemande sur les devises heurte l'ordre public, celle-ci ne peut préserver le débiteur de mesures d'exécution forcée sur les biens situés en dehors de l'Allemagne ³⁷.

2° *Le point de vue de l'intérêt du créancier.*

La créance laissée en suspens engendre également pour le créancier certains effets que nous allons examiner sous les trois chefs suivants.

a) Le créancier étranger peut s'attaquer non seulement aux sûretés réelles se trouvant en dehors de la souveraineté allemande, mais aussi aux *sûretés personnelles* qui sont constituées en dehors du Reich. La créance en suspens n'étant pas éteinte, le créancier est fondé à agir contre le tiers qui s'est porté garant du paiement du capital et des intérêts de la dette « lorsque le débiteur principal se retranche derrière les restrictions de transfert de son pays » ³⁸. Sans vouloir entrer dans les détails de

reprises, donne la solution dans l'hypothèse où le créancier et le débiteur, tous deux domiciliés en Allemagne, ont stipulé une clause de paiement en monnaie étrangère dite non effective. En vertu de cette prescription « le paiement en Allemagne d'une dette d'argent fixée en monnaie étrangère peut se faire en monnaie de l'Empire, à moins que le paiement en monnaie étrangère n'ait été expressément stipulé. La conversion se fait d'après le cours du change au temps et au lieu du paiement. »

(37) Tribunal Civil d'Oslo du 13 février 1936, *Szöfartstidende* du 19 février 1936, Bull. Inst. Jur. Int. n° 9476; Tribunal de Commerce de St. Gall du 7 mars 1933, *Revue suisse de jurisprudence* 1933-34, p. 27, tr. franç. *Nouv. Rev. de dr. int. pr.* 2 (1935), p. 428, note M. MEZGER.

(38) M. DOMKE. Les garanties de tiers dans les emprunts internationaux, *Extrait de la Rev. de Sc. et de Législ. fin.*, Octobre-Novembre-Décembre 1936, p. 10.

ce problème délicat qui fait l'objet de l'article précité de M. Domke, nous disons grosso modo que la force majeure par laquelle les auteurs allemands expliquent la suspension de la dette ne profite pas en matière de dettes d'argent à la caution. Nous citons à ce sujet l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse du 18 septembre 1934³⁹. Il s'agissait, en l'espèce, d'un prêt accordé par une société suisse à une société allemande. La débitrice principale ayant invoqué l'impossibilité de rembourser en prétextant la législation allemande sur les devises, la caution, une banque suisse, fut poursuivie. Celle-ci fit valoir deux moyens de défense : 1° extinction ou tout au moins suspension de la dette principale en vertu des lois allemandes, 2° le caractère accessoire du cautionnement par lequel s'explique le principe que tout moyen de défense qui protège le débiteur principal profite à la caution. Le Tribunal Fédéral a rejeté ces deux arguments : il refuse à la caution le droit de se prévaloir de l'exception de force majeure qui pourrait découler de la législation allemande sur les devises en faveur du débiteur principal; en outre, l'arrêt déclare que « des causes complètement anormales résultant de la situation économique et politique de l'Etat dont le droit régit la dette principale... ne sont pas des causes de libération régulière ».

La question trouvera évidemment une autre solution si la dette principale ainsi que le cautionnement sont soumis au droit allemand. Dans cette hypothèse, cela va sans dire, la caution pourrait se dérober de son obligation.

b) La suspension de la dette peut entraîner un inconvénient sérieux pour les intérêts du créancier, car elle exclut la possibilité pour celui-ci, lorsqu'il a subi un pré-

(39) Rec. off. 60, II, p. 294; DOMKE, op. précitée, pp. 27-28.

judice en raison de la non-exécution de l'obligation, de réclamer des *dommages et intérêts*. Le débiteur qui ne peut se procurer les devises nécessaires pour le paiement n'a pas commis une faute contractuelle. La législation sur les devises qu'il invoque constitue un cas de force majeure (fait du prince). Sa responsabilité ne serait engagée que dans les hypothèses où l'on pourrait lui reprocher une faute in contrahendo (il devait connaître d'avance les difficultés d'exécuter) ni in executione (il n'a pas sollicité avec assez de soin les autorisations nécessaires ou il a négligé de prendre ses précautions ⁴⁰.

c) L'état de suspension de l'obligation procure au créancier, en revanche, un avantage qui est, certes, de caractère plutôt théorique. En vertu de la maxime « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » qui est devenue l'article 202 B G B ⁴¹, le créancier est à l'abri de la *prescription libératoire*. L'intérêt pratique de la question est que le créancier n'est pas obligé d'intenter un procès lui causant des frais considérables pour interrompre la prescription.

C) *Le point de vue du droit.*

1° *La nature juridique de l'obligation en suspens.*

Le point de vue du droit, sous lequel nous envisagerons en dernier lieu le problème de l'obligation en suspens, nous amène à examiner la *nature juridique* de l'obliga-

(40) Voir l'article de M. E. METZGER, Les mesures du contrôle des changes et les principes du conflit de lois, Publication de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris, I-Premier Congrès d'Etudes Internationales, Paris, 31 septembre-7 octobre 1937, Paris, Les Editions Internationales, 1938, p. 168.

(41) Art. 202, al. 1^{re} : « La prescription est suspendue aussi longtemps que le terme de la prescription n'est pas expiré ou que l'obligé est provisoirement, d'un autre chef, autorisé à la refuser. »

tion en suspens. Il est évident que la question de savoir de quelle manière le contrôle des changes agit sur le fond d'une créance est délicate et complexe; elle a rarement fait l'objet d'études systématiques.

Nous trouvons cependant une mesure de guerre, le *moratoire* qui nous sert de point d'appui pour définir l'obligation en suspens. Nous rappelons que la plupart des Etats belligérants, lors de la grande guerre, avaient pris des mesures pour suspendre l'effet des obligations commerciales et civiles. Il y avait alors une vive discussion sur la nature juridique du moratoire. S'agit-il d'un terme de droit ou d'un terme de grâce en ce qui concerne les délais prévus par ces mesures de guerre? Cette question présentait un intérêt considérable au point de vue de certains effets. Sans vouloir comparer les effets du contrôle des changes avec ceux des moratoires de guerre, il nous paraît utile de nous inspirer de certaines considérations relatives à la dernière institution, car nous pensons que le contrôle des changes constitue en quelque sorte un *moratorium de fait*. Plus exactement, il n'y a « moratorium » que dans l'hypothèse où le créancier étranger refuse d'accepter le versement en reichsmarks sur un compte bloqué ⁴².

Il nous semble que la jurisprudence du Reichsgericht, en créant la notion de la dette en suspens, fait ressortir, en matière de devises, les mêmes effets sur l'obligation que le moratoire de guerre, acte législatif ayant également un caractère exceptionnel et provisoire. Celui-ci constitue, d'après sa nature juridique un terme suspensif établi par la loi. Or, il résulte de ce qui précède que les

(42) Lorsqu'il accepte, en revanche, ce mode de paiement éteint la dette (dation en paiement, art. 364 B G B.); ce cas ne tombe pas sous la notion de l'obligation en suspens.

effets du terme suspensif caractérisent une obligation tombant sous le coup de la législation sur les devises. Ce sont : 1° l'inexigibilité de la créance; 2° son imprescriptibilité; 3° l'impossibilité pour le débiteur de se libérer. Evidemment, il faut s'entendre sur la relativité de notre analogie. L'inexigibilité de la créance aussi bien que l'impossibilité de se libérer n'ont un sens que dans l'hypothèse où le créancier refuse d'accepter un mode de règlement conforme aux dispositions du contrôle des changes. En outre, il faut remarquer du point de vue objectif, que l'inexigibilité de la créance et l'impossibilité de se libérer n'ont qu'un caractère temporaire et provisoire : elles n'ont plus de raison d'être lorsque la législation sur les devises sera abrogée. Nous n'ignorons pas que cette abrogation ne se produira pas dans un proche avenir. Il s'agit d'un terme très « incertain » quant à la prestation prévue par les contractants.

En ce qui concerne l'obligation du débiteur de continuer à payer les intérêts contractuels pendant toute la période qui s'intercale entre le jour de l'échéance et le jour du règlement définitif ⁴³, elle existait, en principe, également lors des moratoires de guerre.

Dans ces deux cas, des mesures légales ont anéanti rétroactivement le droit acquis du créancier, à savoir le droit de réclamer le paiement à l'échéance.

Ainsi que le moratorium de guerre, la législation sur les devises a pour effet d'exclure la saisie-arrêt en ce qui concerne les biens du débiteur situés en Allemagne.

2° Fondement de l'obligation en suspens.

Connaissant la nature juridique de l'obligation en sus-

(43) Cf. J W. 1936, p. 2859 (voir supra, p. 176).

pens, nous essayerons d'établir son *fondement*. Puisqu'il s'agit d'une création jurisprudentielle, nous n'avons qu'à exposer systématiquement les arguments du Reichsgericht contenus dans les décisions que nous avons rapportées dans ce chapitre.

Nous nous efforcerons au cours de nos développements de démontrer que la notion de l'obligation en suspens est une création nécessaire en droit allemand qui concilie le principe classique du droit des obligations « *pacta sunt servanda* » avec les nécessités du contrôle des changes. Nous ne nous dissimulons pas que hélas ! cette notion n'a actuellement qu'une valeur théorique pour le créancier. Pourtant, elle constitue un facteur positif se dressant contre la tendance contemporaine à favoriser le débiteur à tout prix et à identifier son intérêt avec l'intérêt national.

a) Le point de départ de la jurisprudence en notre matière était évidemment un fait : l'impossibilité pour le débiteur de payer sa dette de la façon prévue dans le contrat, étant donné les dispositions du contrôle des changes.

b) Cependant, déclare l'arrêt du Reichsgericht du 23 mai 1936, la législation sur les devises a laissé l'obligation intacte dans toutes les hypothèses autres que celles énumérées par elle, à savoir le remboursement du principal et les dettes ne donnant pas lieu à des prestations périodiques. Il en résulte que le créancier étranger n'agit pas d'une façon déloyale (art. 242 B G B.) lorsqu'il refuse d'accepter en paiement le versement à un compte bloqué.

c) En conséquence, un versement fait en reichsmarks sur un compte bloqué n'éteindrait pas la dette par une

dation en paiement (art. 364 B G B.⁴⁴), ce mode de libération ne pouvant être employé que du consentement du créancier.

d) Donc, il s'ensuit que le créancier ne se trouve pas en demeure, car son refus d'accepter ne tombe pas sous la prescription de l'article 293 B G B.⁴⁵.

e) Il résulte également de ce qui précède que le débiteur n'a pas le droit de se libérer aux termes des articles 372 et 378 B G B., en consignat la somme due et en renonçant au droit de la retirer⁴⁶.

En prenant en considération les cinq arguments sus-énoncés, le Reichsgericht était amené à décider que le débiteur ne pouvait se libérer. Etant donné que le créancier refuse toute prestation différente de celle qui est due, l'obligation non susceptible de s'éteindre ne peut trouver un autre sort que d'être mise en suspens. Cette solution, croyons-nous, est loin d'être idéale, mais il paraît qu'elle est, dans l'état actuel des choses, le moindre mal. En tenant compte à la fois des règles du Code civil et des dispositions de la législation sur les devises, elle cherche à réaliser une synthèse entre les principes classiques du droit et les faits de l'économie nationale. Il est donc vrai que l'obligation laissée en suspens constitue une notion-subterfuge qui ne satisfait pas le droit, mais qui tout de même ne le contredit pas, ce qui est de nos jours déjà un fait positif.

(44) *Art. 364, al. 1^{er}* : « L'obligation s'éteint lorsque le créancier accepte à titre d'exécution une prestation autre que celle qui est due. »

(45) *Art. 293* : « Le créancier est constitué en demeure lorsqu'il n'accepte pas la prestation qui lui est offerte. »

(46) Voir *supra*, p. 163, n. 11 et p. 172, n. 28.

CONCLUSION

Après cette étude sur la clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère dans le droit allemand contemporain, certaines considérations d'ordre général s'imposent. Elles doivent résumer notre pensée sur les questions essentielles en matière de clauses de garantie. En jetant un coup d'œil sur l'ensemble des décisions judiciaires que nous avons rapportées et analysées, nous croyons pouvoir dégager les considérations suivantes :

Tout d'abord nous montrerons comment la jurisprudence du Reichsgericht se relie à la question de la clause-or ou des clauses analogues. En tenant compte du fait que les clauses de garantie sont revêtues d'un caractère complexe, nous subdiviserons ce premier point en plusieurs chefs.

Nous nous proposons de nous mettre en premier lieu sur le plan du droit national. Ce domaine est caractérisé par le problème de la validité et de l'efficacité de la clause-or, en d'autres termes, par la lutte contre la clause-or. Alors qu'en France, après la proclamation du cours forcé en 1914, aucun texte de loi n'était intervenu pour invalider la clause-or, c'était en Allemagne, comme nous l'avons vu, le législateur qui avait annulé, par l'ordonnance du 28 septembre 1914, les clauses payables en or stipulées avant le 31 juillet 1914. Ainsi, les tribunaux n'avaient qu'à appliquer la loi, tandis que la jurisprudence française considérait la clause comme nulle par

suite d'une interprétation que beaucoup d'auteurs croient erronée. Comme nous avons essayé de le montrer dans notre seconde partie, les solutions jurisprudentielles dépendent souvent des faits économiques. L'évolution de la jurisprudence allemande d'un nominalisme de la plus stricte observance à un métallisme modéré caché sous des apparences nominalistes donne un exemple très net de l'influence du facteur économique sur les principes juridiques. Les solutions commandées par l'équité et la bonne foi effacent la vieille maxime romaine « *pacta sunt servanda* ». Une conception plus dynamique du droit, caractéristique de l'esprit germanique, permet de dépasser d'un pas plus léger que ne le font d'autres systèmes juridiques, un des principes les plus sacrés du droit.

Lorsque la clause payable en or et particulièrement les différentes variétés de la clause de paiement en monnaie étrangère accompagnent les opérations dites internationales, il se pose la question de savoir comment ces clauses doivent être traitées. Ici encore nous avons signalé que la solution de la jurisprudence allemande diffère de celle adoptée par les tribunaux français. D'après la théorie allemande, c'est de la volonté des parties que dépend d'abord la loi applicable aux obligations contractuelles et, ensuite, c'est le lieu du paiement qui détermine en cas de doute la législation compétente¹. La jurisprudence française fait également dépendre la loi compétente de la volonté des parties; mais elle juge la validité des clauses-or ou des clauses analogues, en période de cours forcé, d'après un critère établi par elle : tout contrat ayant un caractère international peut avoir pour objet des

(1) En ce sens : R G Z. 53, 140; 74, 174; 78, 55; 95, 165; 107, 121; voir aussi l'arrêt du 28 mai 1936 (*supra*, pp. 144 et s.).

francs-or ou de la monnaie étrangère avec ou sans clause-or et est valable².

La question de la règle de rattachement qui convient le mieux aux dispositions monétaires et surtout aux dispositions concernant la clause-or se complique dans l'hypothèse où le juge se trouve en face de problèmes qui se posent au sujet de l'application d'une loi étrangère abolissant une telle clause. L'intérêt particulier dans ce cas consiste en ceci que, d'après M. Domke, les tribunaux de la plupart des pays refusent, en principe, d'appliquer les dispositions étrangères annulant les clauses-or selon les règles de rattachement que nous venons d'exposer³. Pour justifier la non-application des lois monétaires étrangères, nous constatons qu'il y a plusieurs moyens. Ainsi que nous l'avons remarqué à propos de l'arrêt du 28 mai 1936, le Reichsgericht invoque la notion de l'ordre public pour écarter la Joint Résolution et fait en outre une distinction malheureuse entre les porteurs selon leur nationalité afin de protéger les porteurs allemands. La jurisprudence française, par contre, en partant du principe de la territorialité des lois monétaires « applique tout simplement aux législations monétaires étrangères les principes qu'elle a trouvés pour la législation monétaire française, c'est-à-dire qu'elle ne respecte pas ces législations en tant qu'elles réglementent les opérations internationales »⁴. Les tribunaux français écartent ainsi l'application des dispositions

(2) Le Procureur général Matter a donné une définition célèbre de l'opération internationale : « Sont contrats internationaux les paiements qui donnent lieu à un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, à des conséquences réciproques d'un pays dans un autre. » Voir D. P. 1928-I-25.

(3) DOMKE, L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit international privé à la lumière de la jurisprudence comparée, p. 15.

(4) DOMKE, op. cit. sous la note 1, p. 16. Ainsi l'affaire des obligations du Crédit Foncier Egyptien (Nouv. Rev. Dr. Int. Pr., 1936, 792; l'affaire des obligations de la Bethlehem Steel Company (Gaz. des Trib., 1^{er} et 2 juillet 1935).

impératives étrangères annulant les clauses-or, sans faire appel à la notion de l'ordre public.

En second lieu, nous allons examiner la question de savoir quelle situation la jurisprudence allemande fait aux bénéficiaires de la clause-or ou d'une clause analogue. Nous avons déjà exposé, dans notre introduction le problème de l'utilité des clauses de garantie au point de vue de l'intérêt du créancier.

Cette question semble également être complexe en raison de la variété des faits économiques dont les diverses clauses doivent tenir compte. D'une façon générale, on peut remarquer que la jurisprudence allemande, comme nous l'avons déjà démontré, a changé d'attitude en évoluant d'un nominalisme intégral à un métallisme qui n'ose pas avouer son vrai caractère. Afin de rendre plus claire la question de l'utilité des clauses de garantie, nous ferons la distinction suivante : nous opposerons au problème de la validité des clauses le problème de la difficulté de leur exécution.

En ce qui concerne le premier problème sus-énoncé, nous ne manquons pas d'indiquer que nous avons déjà examiné la situation juridique du créancier d'une dette de valeur (or ou devises étrangères) telle qu'elle ressort de la jurisprudence allemande. Nous nous bornons en conséquence à résumer simplement ceci : grâce aux mesures de guerre (loi de cours forcé du 4 août 1914, ordonnance du 28 septembre 1914, etc.), par suite du principe « mark = mark », « les débiteurs purent, malgré la promesse de payer en or, se libérer valablement en marks-papier pris pour leur valeur nominale jusqu'au moment où la jurisprudence, suivie plus tard par le législateur, ad-

mit la valorisation des créances stipulées en marks » ⁵. Par contre, les clauses de paiement en valeur-or étaient toujours reconnues valables et constituaient une certaine garantie pour le créancier. Enfin, les clauses de paiement en monnaie étrangère prévues et autorisées par l'article 244 B G B. ne pouvaient être annulées faute d'un nouveau texte les interdisant. Mais l'ordonnance sur les devises du 12 octobre 1922 prohiba dans les relations intérieures le paiement en monnaie étrangère.

Malgré la stabilisation de la monnaie allemande résultant d'une série de lois promulguées le 30 août 1924, les créanciers d'une stipulation de paiement en espèces-or ne profitent nullement de cette clause, parce que la mise en vigueur du § 31 de la nouvelle loi sur la Reichsbank qui prescrit le remboursement des billets de banque en or ou en devises étrangères, est ajournée ⁶. En outre, le contrôle des changes institué par une ordonnance du 15 juillet 1931, sans invalider les clauses de paiement en monnaie étrangère, les rend pratiquement illusoires; leur exécution peut être empêchée le plus souvent par le débiteur domicilié en Allemagne qui invoque l'exception de l'impossibilité ou de force majeure tirée des prohibitions de transfert auxquelles il est soumis.

Que faut-il conclure de cette brève revue d'ensemble ? Nous croyons en dégager que, sous l'influence des facteurs politiques, économiques et financiers, les clauses de paiement en or et en monnaie étrangère ont considérablement perdu de leur efficacité aussi bien sur le plan de leur validité juridique que sur le plan de leur exécution pratique. La clause espèces-or, qui semblait donner la plus forte sécurité, est finalement devenue inutile en droit allemand.

(5) HUBRECHT. Thèse précitée, p. 367.

(6) Voir *supra*, p. 17.

Il est vrai, cependant, que la clause valeur-or s'est révélée comme une garantie assez efficace contre la dépréciation de la monnaie, en Allemagne comme dans la plupart des autres pays.

*
**

Il nous reste encore à étudier le rôle que la clause-or et les clauses analogues jouent dans la pratique. A ce sujet, il convient de parler tout d'abord de l'extension de la clause-or dans les rapports hypothécaires en Allemagne à l'époque qui a précédé la guerre de 1914. Selon M. Nussbaum, l'agitation bimétalliste à la fin du XIX^e siècle fut à l'origine de ces clauses. Pour se prémunir contre le danger éventuel que les emprunts hypothécaires seraient remboursés avec de l'argent, les prêteurs se prémunissaient par la stipulation de clauses-or.

En ce qui concerne les clauses du paiement en monnaie étrangère, nous avons déjà à plusieurs reprises exposé le rôle prépondérant que la livre anglaise et le dollar américain ont joué et jouent encore dans la pratique commerciale allemande. On peut classer les motifs pour lesquels les parties choisissent une devise étrangère comme monnaie du contrat, en deux catégories :

Ce sont, premièrement, surtout des motifs commerciaux. Déjà avant la guerre de 1914, il y avait en Allemagne un très grand nombre de contrats libellés en livres ou en dollars. Il s'agit notamment de créances ou de dettes des exportateurs ou importateurs allemands qui, par suite d'un usage établi pour certaines marchandises ou certains services facturent sur la base des devises anglo-saxonnes, monnaies mondialement connues⁷.

(7) Ainsi la plupart des transactions concernant un grand nombre de matières premières (laine, coton) et les produits fabriqués de l'in-

En second lieu, on choisit une monnaie étrangère pour des motifs de sécurité. Après la guerre, l'inflation détruisait la confiance du public dans le mark. Aussi les particuliers adoptaient une monnaie étrangère qui leur paraissait sûre, principalement les devises anglo-saxonnes considérées comme inébranlables. Beaucoup d'emprunts allemands d'après-guerre — publics et privés — ont été contractés en dollars, le plus souvent dans le but de faciliter leur réussite sur le grand marché financier américain et de pousser à souscrire les capitalistes allemands ayant peu de confiance dans la stabilité du mark. La dévaluation de la livre anglaise et du dollar des Etats-Unis d'Amérique a démontré que les clauses stipulant le paiement dans ces monnaies n'ont pas constitué non plus une garantie absolue.

*
**

Pour terminer notre étude sur la clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère dans le droit allemand contemporain, nous remarquons que la clause-or et les clauses analogues sont, au fond, des stipulations simples et claires dont le but est conforme au principe de la bonne foi : garantir la valeur d'une dette de somme d'argent. Mais la législation et la jurisprudence, en Allemagne comme dans les autres pays, ont souvent paralysé leur validité juridique ou mis des obstacles à leur exécution pratique de sorte que les créanciers ont subi d'énormes pertes.

Si regrettable que soit ce résultat, il ne doit pas nous

dustrie textile se font sur la base de la livre sterling; de même les contrats avec l'Orient ou l'Amérique du Sud se sont faits en livres; les créances dans le commerce du pétrole et du cuivre sont libellées en dollars.

étonner, car il n'est que l'application d'une tendance très générale; en droit contemporain, on assiste à un recul constant du principe de l'autonomie de la volonté⁸ et à une extension du domaine de la notion d'ordre public, par suite de la pénétration constante d'éléments empruntés au droit public. Les seuls créanciers qui soient bien protégés sont ceux qui peuvent invoquer un principe de droit public, et ce n'est malheureusement pas le cas pour les bénéficiaires de la clause-or et des clauses analogues; le droit public leur est défavorable, parce que l'Etat voit dans le développement de ces clauses un obstacle aux efforts qu'il fait pour défendre la stabilité de la monnaie nationale. Cette considération nous explique ainsi pourquoi le domaine d'application de la clause-or ou des clauses analogues, dans l'économie contemporaine, est par la force des choses assez modeste. Autrefois, au moyen âge, quand le droit public était moins envahissant, il était possible à des particuliers de se défendre efficacement contre la dépréciation ou l'altération de la monnaie en concluant des contrats libellés dans la monnaie d'un autre Etat ou d'une autre province. L'étude des marchés et des foires montre que le pouvoir local ne voyait pas en général grand inconvénient à la validité de ces contrats, et qu'ils étaient susceptibles d'exécution⁹. Mais aujourd'hui que les Etats sont très centralisés et les exigences du droit public très impérieuses, ces clauses ne peuvent avoir que des effets modestes, car l'Etat les paralyse dans les périodes où elles pourraient être utiles; il faut savoir gré à la jurisprudence du Reichsgericht d'avoir su, malgré la législation peu favorable, leur conserver quelque efficacité.

(8) V. M. Pierre LOUIS-LUCAS, Doyen de la Faculté de droit de Dijon, L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé. Article paru dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, pp. 469 et s.

(9) V. HUVELIN (P.). *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*. Thèse Paris, 1897, pp. 542-543.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux.

- ARMINJON (P.). — Précis de droit international privé, t. II, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1934.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri). Cours élémentaire de droit civil français par A. COLIN et H. CAPITANT, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, 8^e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1935.
- JOSSERAND (Louis). — Cours de droit civil positif français, t. 2, 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — Manuel de droit commercial (y compris le droit maritime), 15^e éd., avec la collaboration de A. AMIAND, Paris, Pichon et Durand-Anzias, 1928.
- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges). — Traité élémentaire de droit civil français, t. 2, 10^e éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1926.
- Traité pratique de droit civil français, t. 7, par ESMEIN, Paris, Pichon et Durand-Anzias, 1931.
- WEISS (André). — Manuel de droit international privé, t. 4, 8^e édition revue et mise au courant. Paris, Tenin, 1920.

II. — Ouvrages spéciaux, articles de revues et notes de jurisprudence.

- BEHNES (Clemens). — Die Umdeutung der Goldmünzklauseln in Goldwertklauseln. Inaugural-Dissertation, Göttingen, 1929.
- BÉQUIGNON (Charlotte). — La dette de monnaie étrangère. Thèse Paris, 1925.
- CAPITANT (H.). — Les succédanés de la clause « payable en or », D. H. 1926, Chronique, p. 1 et s.
- CHARRAS (Jean). — La clause « payable en or » et ses dérivés devant la doctrine et la jurisprudence actuelles. Thèse Lyon, 1928.
- CSEMISTZKY (Theodor). — Des paiements en numéraire au point de vue de leur objet. Thèse Paris, 1923.
- DAUPHIN-MEUNIER (A.). — La Banque, 1919-1935. Paris, Gallimard, 1936.

- DOLFUS-FRANCOS. — La clause « payable en or » devant les tribunaux français, étrangers et la Cour Permanente de Justice Internationale. Thèse Grenoble, 1930.
- DOMKE (Martin). — La Clause « Dollar-or ». La non-application de la législation américaine aux emprunts internationaux. 2^e édition entièrement revue et corrigée, Paris. Les Editions Internationales, 1935.
- Les emprunts d'Etat libellés en dollars-or. *Clunet*, 1936, p. 547 et s.
 - La portée européenne des « Gold clause cases » américains. Extrait du tome XXXIV du *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 1936.
 - Les garanties de tiers dans les emprunts internationaux. Extrait de la *Rev. de Sc. et de Législ. financière*, Octobre-Novembre-Décembre 1936. Paris, 1936.
 - La législation allemande sur les devises en droit international privé. *Clunet*, 1937, p. 226 et s.
 - La notion de l'ordre public en matière d'emprunts internationaux. *Rev. de Sc. et de Législ. financières*, 1937, n° 2, p. 217 et s.
 - L'influence des lois monétaires récentes sur le Droit international privé à la lumière de la jurisprudence comparée. Extrait de la *Nouv. Rev. de Dr. Intern. Pr.*, n° 1, 1937, Paris. Les Editions Internationales, 1937.
 - Nouveaux aspects des restrictions de transfert en Droit International Privé. Extrait du *Journal du Droit International* (6^e livraison), 1937.
 - La Législation allemande sur les Créances en Monnaie étrangère des 26 juin et 5 décembre 1936. Extrait du *Bulletin de l'Institut Juridique International*, tome XXXVI, 2 avril 1937.
 - Les efforts législatifs tendant à restreindre la validité de la clause-or. Extrait de la *Revue Critique de Droit International*, n° 1, Janvier à Mars 1938.
 - La notion de l'ordre public en matière d'emprunts internationaux. Extrait de la *Revue Critique de Droit International*, n° 1, Janvier à Mars, 1938.
- ECKSTEIN (Félix). — Geldschuld und Geldwert im materiellen und internationalen Privatrecht. Inaugural-Dissertation, Berlin, 1932.
- FREUND (Heinrich). — Notes de jurisprudence, *Clunet*, 1936, 2^e livraison, p. 408 et s.
- GÉNY (François). — La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé. *Rev. Trim. de Dr. civ.*, 1926, p. 5 et s.

- Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie, *Rev. Trim. de Dr. civ.*, 1928, p. 557 et s.
- GRUBE (Hermann Christian). — Der Einfluss des Pfund- und des Dollarsturzes auf private deutsche Geldschulden. Inaugural-Dissertation Erlangen, 1935.
- HAMEL (Joseph). — La dévaluation et les emprunts internationaux. *Rev. Politique et Parlementaire*, Déc. 1936, p. 432 et s.
- HAMET (Henri). — La monnaie de paiement dans les ventes internationales. *Thèse Rennes*, 1934.
- HIRSCHFELD (Philipp). — Der Einfluss der Entwertung von Pfund und Dollar auf deutsche private Geldschulden. Inaugural Dissertation, Heidelberg, 1933.
- HUBRECHT (Georges). — La Dépréciation monétaire et la Stabilisation; leurs effets sur l'exécution des obligations. *Thèse Strasbourg*, 1928.
- HUGUENEY (Louis). — Des clauses qui tendent à remédier à l'instabilité monétaire. *Lois Nouvelles*, 1926, p. 206 et s.
- HUVELIN (P.). — Essai historique sur le droit des marchés et des foires. *Thèse Paris*, 1897.
- JAMES (Emile). — La clause « Payable en or » et le cours forcé. *Thèse Paris*, 1924.
- JÈZE (Gaston). — La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat. *Rev. de Sc. et de Législ. Financières*, 1924, n° 1, p. 60 et s.
- La clause-or dans les emprunts internationaux. *Journal des Finances* du 25 novembre 1938.
- LABBÉ (I.-E.). — Notes de jurisprudence dans S. 1872-2-161 et S. 1873-1-97
- LAMBERT (Edouard). — Un parère de Jurisprudence Comparative. *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon*, tome 33, Paris, Giard, 1934.
- LAWSON (Raymond). — Les destinées nouvelles de la clause de paiement en or et de ses succédanés. *Thèse Paris*, 1931.
- LEMAISTRE (Bernard). — Les monnaies bloquées. *Thèse Paris*, 1936
- LESSCHALLIER DE LISLE (Jean). — Les notions de Paiement international et de Contrat international en Droit international privé. *Thèse Rennes*, 1936.
- LOUIS-LUCAS (P.). — L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé. Article paru dans les Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT, Librairie Dalloz, Paris, p. 469 et s.
- MATER (André). — Traité juridique de la monnaie et du change. 1925.
- MÜGEL (Oskar). — Das gesamte Aufwertungsrecht. Berlin, 1927.
- Aufwertung von Pfundforderungen. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, Heft 1, p. 26 et s.

- Welche währungsrechtlichen Bestimmungen empfehlen sich auf dem Gebiete des Privatrechts ? *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1933, p. 743 et s.
- Note dans *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 1477.
- NIBOYET (I.-P.). — Des Conflits de lois relatifs aux Paiements depuis la dernière guerre. *Rev. de dr. intern. pr.*, 1925, p. 161 et s.
- NOGARO BERTRAND. — La clause payable en or. *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1925, p. 5 et s.
- NUSSBAUM (Arthur). — Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. Tübingen, 1925.
- Notes de jurisprudence dans *Juristische Wochenschrift*, 1925, p. 1483 et p. 1986.
- La clause-or dans les contrats internationaux. Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 43 (1933), p. 559 et s.
- PAQUET (Pierre). — La Dévaluation dans les Rapports de Droit privé sous les Lois monétaires du 1^{er} octobre 1936 et de 1937. *Thèse Lille*, 1938.
- PERRAS (Henri). — La monnaie de paiement des emprunts extérieurs. *Thèse Dijon*, 1932.
- PHILONENKO (Maximilien). La jurisprudence allemande sur la revalorisation des créances. *Clunet*, 1930, p. 1055 et s.
- PICOT (Albert). — Les cours du change et le droit, Bâle, 1921.
- PIROTTE (Simon). — La clause-or devant la loi et les tribunaux. Paris, Librairie du Recueil Sirey, Bruxelles, F. Larcier, 1933.
- PLESCH (Arpad). — Die Goldklausel. Eine Sammlung internationaler Rechtsfälle und Gutachten. Wien, 1936, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung.
- Recueil d'arrêts et de consultations sur la Clause-or. Avec un annexe contenant des arrêts sur l'effet international des restrictions nationales de paiement. Paris, 1937, Chauny et Quinsac.
- PRUDHOMME (André). — Les emprunts des Etats Brésilien et Serbe devant la Cour permanente de Justice internationale de la Haye. *Clunet*, 1929, p. 837 et s.
- REISS (Jacqueline). — Portée internationale des lois interdisant la clause-or. *Thèse Paris*, 1936.
- ROZIS (Jeanne). — L'exécution des obligations (paiement) et les variations de valeur de la monnaie. *Thèse Paris*, 1924.
- SAUSER-HALL (Georges). — Les Conventions germano-suissees sur les hypothèques avec clause d'or. *Clunet*, 1932, p. 340 et s.
- SCHKAFF (Eugène). — La dépréciation monétaire. Ses effets en droit privé. *Thèse Paris*, 1925.

- SEIGNOL (Francisque). — Clauses destinées à parer à l'instabilité monétaire. L'Option de Change et l'Option de Place. *Thèse Lyon*, 1935.
- ULRICH (Rudolph). — Die Goldklausel. *Thèse Zürich*, 1933.
- VANARD (Robert). — La valorisation des créances privées et la conversion des emprunts publics en Allemagne. *Bulletin Trimestriel de la Société de Législation Comparée*, n^{os} 7-9, 1926, p. 419 et s.
- WILHELM (C.). — Décisions allemandes rendues au cours de l'année 1933 concernant la question de clause-or. *Clunet*, 1933, n^o 1, pp. 204-7.
- WOLFF (Konrad). — Note concernant l'arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936 (Aff. Aachener Kreissparkasse c. Giroverband). *Clunet*, 1936, 4^e et 5^e livraisons, p. 951 et s.

III. — Revues. Bulletins. Recueils de jurisprudence.

- Annales de droit commercial français, étranger et international (fondées par E. THALLER, directeur : J. PERCEROU).
- Bulletin de l'Institut Juridique International, LEYDE A. W. SIJTHOFF, La Haye, Martinus Nijhoff.
- Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- CLUNET. — Journal du Droit International fondé en 1874 par Ed. CLUNET, continué par ANDRÉ-PRUDHOMME, Paris.
- D. : DALLOZ. — Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
- D. H. : DALLOZ. — Recueil hebdomadaire de jurisprudence. Deutsche Justiz.
- D. J. Z. — Deutsche Juristen-Zeitung.
- G. P. — Gazette du Palais. Journal quotidien et Recueil mensuel.
- J. W. — Juristische Wochenschrift.
- Les Lois Nouvelles.
- Nouvelle Revue de droit international (LA PRADELLE et GOULÉ), Paris, Les Editions Internationales.
- Recueil des Cours de l'Académie de droit international établie avec le concours de la Dotation Carnégie pour la Paix Internationale, Paris, Librairie du Recueil Sirey.
- Revue critique de droit international (I.-P. NIBOYET,) Paris, Librairie du Recueil Sirey.
- Revue de droit international privé (A. DARRAS et A. DE LA PRADELLE), Paris, Librairie du Recueil Sirey.
- Revue politique et parlementaire, 10, rue Auber, Paris.
- Revue de science et de législation financières publiée par G. JÈZE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Revue trimestrielle de droit civil. Librairie du Recueil Sirey.

R. G. Z. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

S. : SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.

Semaine Juridique (La). — Législation, Jurisprudence, Bibliographie. Publiée sous la direction de G. RIPERT, J. MIHURA et H. LOT. Paris, Editions Godde.

ABREVIATIONS

B G B. : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).

R G. : Reichsgericht (Tribunal de l'Empire).

R G Z. : Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (Recueil officiel des décisions du Reichsgericht).

W O. : Wechselordnung (Loi sur le change).

Vu : *Le Président de la Thèse*,
Marc DESSERTAUX.

Vu : *Le Doyen de la Faculté de Droit*,
Pierre LOUIS-LUCAS.

Vu et Permis d'Imprimer :

Dijon, le 5 juin 1939.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,
E. SPENLÉ.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
AVANT-PROPOS. — <i>Aperçu sommaire sur l'histoire monétaire de l'Allemagne depuis la fondation de l'Empire</i>	10
I. L'époque d'avant-guerre (1871-1914)	10
II. La guerre de 1914-1918	12
III. La période de l'inflation (1918-1923)	13
IV. La stabilisation du mark et la valorisation des créances (1923-1931)	14
1° La stabilisation du mark	14
2° La valorisation des créances (1925)	17
V. La période caractérisée par le contrôle des changes (depuis 1931)	22

PREMIERE PARTIE

<i>La théorie de la clause-or et de la clause de paiement en monnaie étrangère en droit allemand théorique</i>	27
CHAPITRE I. — <i>La clause-or</i>	28
<i>Section I. — La clause espèces-or</i>	28
§ 1. — La nature juridique de la clause espèces-or ..	29
§ 2. — La licéité et l'efficacité de la clause espèces-or	30
I. En temps normal	30
II. Sous le régime du cours forcé du billet de banque	33
<i>Section II. — La clause valeur-or</i>	40
§ 1. — La nature juridique et la rédaction de la clause valeur-or	40
I. La nature juridique	40
II. La rédaction de la clause valeur-or	41
§ 2. — La licéité et l'efficacité de la clause valeur-or	42
I. En temps normal	43
II. Sous le régime du cours forcé du billet de banque	44
Observations finales	48

CHAPITRE II. — <i>La clause de paiement en monnaie étrangère</i>	50
§ 1. — <i>La clause de paiement en monnaie étrangère effective</i>	51
I. <i>La nature juridique de la clause</i>	51
II. <i>Les règles de droit s'appliquant à la clause</i> ..	52
III. <i>Les différentes variétés de la clause</i>	55
A. <i>La clause d'option de change</i>	56
B. <i>La clause dite « Verkleidete Valutaschuld » (option de monnaie)</i>	57
C. <i>La clause de garantie de change</i>	58
D. <i>La clause de paiement en monnaie étrangère combinée avec une clause-or</i>	59
IV. <i>La licéité et l'efficacité de la clause</i>	59
A. <i>En temps normal</i>	60
B. <i>Sous le régime du cours forcé du billet de banque</i>	60
§ 2. — <i>La conversion de la monnaie étrangère en monnaie nationale</i>	61
I. <i>La base légale de la conversion et l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard de celle-ci</i>	62
A. <i>La base légale</i>	62
B. <i>L'attitude de la doctrine</i>	63
C. <i>L'attitude de la jurisprudence</i>	64
II. <i>Les règles sur la conversion</i>	65
A. <i>Les personnes qui peuvent exercer le droit de substitution</i>	66
1° <i>La faculté de conversion au profit du débiteur.</i>	66
2° <i>La faculté de conversion au profit du créancier.</i>	67
B. <i>La date de conversion</i>	68
1° <i>Les prescriptions légales.</i>	68
2° <i>L'attitude de la jurisprudence</i>	68
3° <i>Les diverses thèses de la doctrine.</i> ..	71

SECONDE PARTIE.

<i>La clause-or et la clause de paiement en monnaie étrangère devant la jurisprudence allemande.</i>	74
CHAPITRE I. — <i>Les litiges ayant pour cause la dépréciation de la monnaie allemande</i>	76
Section I. — <i>Décisions s'inspirant du nominalisme monétaire traditionnel</i>	76

§ 1. — Décision relative aux clauses de garantie stipu- lées avant le 31 juillet 1914.	77
§ 2. — Décision relative aux clauses de garantie stipu- lées après le 31 juillet 1914.	82
<i>Section II. — Décisions s'inspirant du métallisme et établis- sant l'idée de la valorisation judiciaire.</i>	<i>86</i>
§ 1. — Décisions relatives aux clauses de garantie stipu- lées avant le 31 juillet 1914.	88
I. — L'arrêt de la 5 ^e Chambre civile du Reichsge- richt du 28 novembre 1923.	88
II. — La décision du Reichsgericht (5 ^e Chambre ci- vile) du 16 janvier 1924.	96
§ 2. — Décisions relatives aux clauses de garantie stipu- lées après le 31 juillet 1914.	97
I. — La décision du Reichsgericht (5 ^e Chambre ci- vile) du 24 mai 1924.	97
II. — L'arrêt du Reichsgericht publié dans la « Ju- ristische Wochenschrift » 1925, p. 1986, n° 2.	99
III. — L'arrêt du Reichsgericht (5 ^e Chambre) du 30 avril 1932.	101
<i>CHAPITRE II. — Les litiges nés par suite de la dévaluation de la livre sterling et du dollar.</i>	<i>108</i>
<i>Section I. — Des litiges nés par suite de la dévaluation de la livre sterling.</i>	<i>104</i>
§ 1 ^{er} . — L'arrêt du Reichsgericht (1 ^{re} Chambre civile) du 21 juin 1933 concernant une créance basée sur un contrat synallagmatique.	110
§ 2. — L'arrêt du Reichsgericht (6 ^e Chambre civile) du 28 juin 1934 concernant une créance ressortie d'un con- trat unilatéral.	125
<i>Section II. — Les litiges nés par suite de la dévaluation du dollar.</i>	<i>129</i>
§ 1 ^{er} . — Décisions restant en dehors du domaine d'ap- plication de la Joint Resolution.	130
I. — L'arrêt du Reichsgericht (3 ^e Chambre civile) du 2 avril 1935 concernant une créance basée sur un contrat synallagmatique.	131
II. — Décisions relatives aux créances ressorties de contrats unilatéraux.	133
1 ^o L'arrêt du Reichsgericht (6 ^e Chambre ci- vile) du 12 novembre 1934.	133
2 ^o L'arrêt du Reichsgericht (6 ^e Chambre ci- vile) du 13 mai 1935.	134
III. — Observations.	135

§ 2. — Décisions écartant l'application de la Joint Resolution	138
I. — L'arrêt du Reichsgericht (4 ^e Chambre civile) du 27 avril 1936	139
II. — L'arrêt du Reichsgericht (4 ^e Chambre civile) du 28 mai 1936	144
CHAPITRE III. — <i>Des litiges ayant pour objet les effets restrictifs de la législation allemande sur les devises</i>	158
Introduction	158
Section I. — <i>Décision caractérisée par une interprétation extensive des dispositions légales sur les devises : l'arrêt du Reichsgericht (7^e Chambre civile) du 29 janvier 1935</i>	161
Section II. — <i>Décisions caractéristiques par une interprétation restrictive des dispositions légales sur les devises</i>	164
§ 1 ^{er} . — L'arrêt du Reichsgericht (4 ^e Chambre civile) du 16 mars 1936	165
§ 2. — L'arrêt du Reichsgericht (Grande Chambre civile) du 23 mai 1936	168
§ 3. — L'analyse des arrêts du 16 mars et du 23 mai 1936	173
I. — Les thèses de MM. Hartenstein et Dietrich ..	173
II. — Observations finales : essai d'une théorie de l'obligation en suspens	177
A. Le point de vue de l'économie nationale.	178
B. Le point de vue de l'intérêt des parties ..	178
1 ^o Le point de vue de l'intérêt du débiteur	179
2 ^o Le point de vue de l'intérêt du créancier	180
C. Le point de vue du droit	182
1 ^o La nature juridique de l'obligation en suspens	182
2 ^o Fondement de l'obligation en suspens ..	184
CONCLUSION	187
BIBLIOGRAPHIE	195
ABRÉVIATIONS	200

